

LEONARDO VIEIRA WANDELLI

**O DIREITO AO TRABALHO COMO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL:
Elementos para sua fundamentação e concretização**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
CURITIBA
2009**

LEONARDO VIEIRA WANDELLI

**O DIREITO AO TRABALHO COMO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL:
Elementos para sua fundamentação e concretização**

Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de doutor em Direito, sob a orientação da Professora Doutora Aldacy Rachid Coutinho.

**CURITIBA
2009**

Para Paula, que, no amor, reinventou-me a
vida e a enche de sentido, a cada dia.

AGRADECIMENTOS

Um trabalho de pesquisa como este deixa muitas dívidas, de gratidão, de afetos, de colaboração. É muito bom perceber-se rico em dívidas dessa ordem.

Agradeço, vez mais, aos professores, servidores e colegas do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, universidade pública, gratuita e de qualidade e do Doctorado en Derechos Humanos y Desarrollo da Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, que me propiciaram a oportunidade da pesquisa de doutoramento e um aprendizado transformador.

Em especial à Professora Doutora Aldacy Rachid Coutinho, orientadora de minhas pesquisas desde o curso de mestrado, referência intelectual permanente e estímulo criativo para um direito do trabalho mais cheio de sentido para quem vive do próprio trabalho.

Ao Professor Doutor David Sánchez Rubio, amigo e mestre, sem cuja generosidade, sabedoria e interlocução afetiva e intelectual, este trabalho e meu aprendizado certamente estariam aquém do ponto que lograram alcançar.

Ao Professor Doutor Joaquín Herrera Flores, cujo aguilhão crítico provocou e encorajou vários momentos da investigação.

Aos Professores doutores Jorge Luís Souto Maior, Ricardo Marcelo da Fonseca e Alexandre Morais da Rosa, que muito contribuíram para o aprimoramento do trabalho, com as atenciosas e lúcidas arguições na banca de qualificação.

Ao Professor Doutor Celso Luiz Ludwig, que me apresentou a Filosofia da Libertação.

Aos professores doutores, Manoel Eduardo de Camargo Gomes, Luís Fernando Lopes, Acácia Kuenzer, Antonio Carlos Wolkmer, Clèmerson Cléve, Ingo Wolfgang Sarlet, Carlos Alberto Molinaro, Alejandro Médiçi, Jesus Sabariego, Norman Solórzano, Franz Hinkelammert, Henry Mora, Helio Gallardo, Boaventura de Sousa Santos, que em aulas, “tutorias” e conversas, na UFPR e na UPO, influenciaram diretamente e de forma decisiva os resultados da pesquisa.

Bem assim, aos colegas de magistratura do trabalho e de pós graduação, pela interlocução solidária, discussões, textos e amizade, Graça Freitas, Murilo Sampaio Oliveira, Arion Mazurkiewicz, José Aparecido dos Santos, Luciano Coelho, Luís Eduardo Gunther, Sérgio Staut, Marcus Barberino, Ricardo Tenório Cavalcante, Fábio Gomes,

Márcia Guedes, Marcelo Moura, Luciana Caplan, Pablo Angarita, Uendel Ugatti, Carlos Aguilar.

A todos colegas do TRT da 9ª Região, o qual possibilitou a pesquisa em Sevilla e a redação desta tese.

De modo muito especial a meus pais, Alvaro Wandelli Filho e Ondina Doin Vieira Wandelli, aos irmãos Alvaro, Elisa, Raquel e Cristiana, e aos meus filhos Isabel e Giordano, que são as minhas fontes afetivas.

A Paula, que, no amor, me reinventou a vida e a enche de sentido, em cada dia.

RESUMO

A tese procura enfrentar os aspectos jurídicos da concretização do direito ao trabalho, como direito humano e fundamental, partindo da hipótese de que a exemplar inefetividade desse que é considerado o direito social por excelência decorre, em grande parte, de deficiências na sua fundamentação. A afirmação do direito a um trabalho desrealizador, tal como reduzido pela modernidade capitalista, leva a um beco sem saída. Para encontrar um caminho mais frutífero, propõe-se uma reconstrução da sua fundamentação mediante a recuperação da tensão, no interior do discurso jurídico, entre a corporalidade criadora e irredutível, o trabalho vivo e o trabalho abstrato, objetivado, subsumido, inclusive no interior das relações de trabalho assalariado contemporâneas. Articulam-se, aí, uma dimensão institucional e uma dimensão crítica dos direitos humanos. Estes, para atuarem, dependem de institucionalizarem-se, alterando e aprimorando as instituições existentes. Mas sempre excedem as instituições, servindo de critério de discernimento frente a quaisquer instituições. Dois aspectos nucleares da fundamentação material do direito ao trabalho são, então, desenvolvidos a partir do binômio necessidades e reconhecimento. Primeiro busca-se na teoria das necessidades um desenvolvimento de critérios normativos que permitam ancorar os direitos humanos e fundamentais e especialmente o direito ao trabalho na materialidade da racionalidade reprodutiva dos sujeitos. Assim, recupera-se a fundamentalidade material profunda do trabalho, como necessidade primeira para uma participação autônoma e crítica em qualquer forma de vida factível. Isso permite afirmar o caráter materialmente fundamental do direito ao trabalho e sua absoluta centralidade no quadro dos direitos. Mas, também, contribui para explicitar o seu conteúdo juridicamente exigível. Trata-se de um direito ao trabalho que aponta para uma “necessidade radical” de transformação das estruturas sociais, mas que não negligencia as possibilidades de sua reivindicação, pelo menos quanto aos seus aspectos mais elementares, nos marcos da institucionalidade vigente. A realização ótima das necessidades relacionadas ao trabalho, nas quatro vertentes destacadas no texto, constitui o dever jurídico que preenche materialmente o direito ao trabalho. O segundo aspecto resgata a percepção de que o reconhecimento do trabalho assalariado teve um papel central na mediação da construção das subjetividades, ainda que essa tenha sido uma experiência excludente de formas não capitalistas de trabalhar. A manutenção de expectativas normativas de reciprocidade e reconhecimento no trabalho e a negação desse reconhecimento são, simultaneamente, pressupostos contraditórios da reprodução do sistema. Exibe-se, aí, o caráter dual do direito ao trabalho, como instituição funcional e como espaço de luta por reconhecimento e de mobilização frente ao desrespeito. A perda de vigência do marco da sociedade salarial inviabiliza que o trabalho assalariado continue cumprindo exclusivamente essa contraditória função. Para a realização da sua força normativa, o desenvolvimento em termos jurídico-dogmáticos consiste em momento necessário, ainda que insuficiente. Com esse objetivo, são concebidos alguns lineamentos epistemológicos para uma dogmática jurídica crítica, que incorpora uma pretensão de juridicidade que subsume os princípios éticos e políticos hauridos da filosofia da libertação. Ao final, vai-se caracterizar a estrutura

normativa do direito fundamental ao trabalho, compreendido como um feixe de diversificadas posições jurídicas, no contexto jurídico específico do sistema constitucional brasileiro. Surge, então, no lugar da apagada imagem de um direito sem perspectivas de exigibilidade imediata, a complexa figura de um direito com distintos níveis de normatividade, cujas potencialidades vão sendo desveladas, com vistas a preparar ulteriores desenvolvimentos.

Palavras-chave: Direitos humanos – direitos fundamentais – direito ao trabalho – necessidades – reconhecimento – mínimo existencial – dogmática jurídica – direito do trabalho – filosofia da libertação.

ABSTRACT

The thesis looks to face the legal aspects of the concretion of the right to work, as basic right and human right, starting of the hypothesis of that the exemplary ineffectiveness of that the social right is considered par excellence elapses, to a large extent, of deficiencies in its justification. The affirmation of the right to a form of work, as reduced for capitalist modernity, leads to a dead-end. To find a way more fruitful, it is considered a reconstruction of its justification, by means of the recovery of the tension, in the interior of the legal discourse, between the creative and irreducible embodiment, the alive work and the abstract work, objectified, subsumed, also in the interior of the relations of wage-earning work contemporaries. They are articulated, there, an institutional dimension and a critical dimension of the human rights. These, to act, depend to be institutionalized, modifying and improving the existing institutions. But always exceed the institutions, serving of criterion of discernment exceed front to any institutions. Two nuclear aspects of the material justification of the right to work are, then, developed from the binomial needs and recognition. First a development of normative criteria searches especially in the theory of the needs that allow to anchor the human and basic rights and the right to the work in the materiality of the reproductive rationality of the citizens. Thus, it recovers deep material fundamentality of the work, as first need for an independent and critical participation in any form of feasible life. This allows to affirm the materially basic character of the right to the work and its absolute centrality in the context of the rights. But, also, it contributes to explain its legally demandable content. One is about a right to work that points with respect to a “radical need” of transformation of the social structures, but that it does not neglect the possibilities of its claim, at least how much to its more elementary aspects, in the framework of the established institutions. The excellent accomplishment of the necessities related to the work, in the four sources detached in the text, constitutes the legal obligation that materially fills the right to work. As the aspect rescues the perception of that the recognition of the wage-earning work had a central paper in the mediation of the construction of the subjectivities, despite this has been an exclusionary experience of not capitalist forms to work. The maintenance of normative expectations of reciprocity and recognition in the work and the negation of this recognition, simultaneously, are

estimated contradictory of the reproduction of the system. It is shown off, there, the dual character of the right to work, as functional institution and as space of fight for recognition and mobilization front to the disrespect. The loss of validity of the landmark of the wage society makes impracticable that the wage-earning work continues fulfilling this contradictory function exclusively. For the accomplishment of its normative force, the legal-dogmatics development in terms consists at necessary moment, although insufficient. With this objective, some epistemologies lineaments for a critical legal dogmatics are conceived, that incorporates a legality pretension that subsume the ethical and politics principles drawing from the philosophy of liberation. To the end, it is gone to characterize the normative structure of the basic right to work, understood as a beam of diversified legal positions, in the specific legal context of the Brazilian constitutional system. It appears, then, in the place of the extinguished image of a right without perspectives of immediate liability, the complex figure of a right with distinct levels of normativity, whose potentialities go being unveiled, with a view to preparing furthers developments.

Word-key: Human rights – basic rights - right to work - needs - recognition - existential minimum – legal dogmatics – labor law – philosophy of liberation.

INTRODUÇÃO	1
Capítulo 1. DIMENSIONANDO O PROBLEMA: O ENCLAUSURAMENTO DO DIREITO AO TRABALHO E O CAMINHO PARA UMA RECONSTRUÇÃO	12
1.1. O beco sem saída do direito ao trabalho na sociedade capitalista	12
1.1.1. A centralidade inefetiva do direito ao trabalho	12
1.1.2. A miragem no fim da linha: direito a quê ?	22
1.2. Uma estratégia argumentativa: o direito ao trabalho nas	
relações entre trabalho vivo e trabalho objetivado	26
1.2.1. Rompendo o par dialético	26
1.2.2. A interpretação dusseliana de Marx	32
1.3. O sentido emancipador do direito ao trabalho	41
1.3.1. A ambiguidade dos valores positivo e negativo do trabalho	43
1.3.2. O trabalho como liberdade	45
1.3.3. A institucionalização do direito ao trabalho	50
 Capítulo 2. A RECONSTRUÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO AO TRABALHO NA TEORIA DAS NECESSIDADES	 57
2.1. Fundamentação como processo multifundamental	57
2.2. Possibilidades e obstáculos à fundamentação do direito ao	
trabalho na teoria das necessidades	59
2.3. Necessidades humanas e racionalidade reprodutiva	66
2.3.1. Sujeito necessitado e a eleição de projetos de vida	66

2.3.2. Necessidades, valores e marcos de factibilidade	71
2.3.3. Necessidades, preferências, interesses e desejos	83
2.3.4. Utilidades e a dupla redução moderna do trabalho	89
2.4. O conteúdo normativo das necessidades	102
2.4.1. Âmbito das necessidades para um fundamento normativo: necessidades da corporalidade	105
2.4.2. Hierarquia e nível de satisfação das necessidades	109
2.4.3. Ética da vida, autonomia e necessidades: um balanço de perspectivas complementares	122
2.5. Uma fundamentação pluridimensional	130
2.6. Das necessidades aos direitos fundamentais	137
2.7. Excurso: necessidades e garantia do mínimo existencial	142
2.8. Do carácter radical do trabalho à riqueza humana como riqueza em necessidades	147
2.8.1. O trabalho como necessidade radical	147
2.8.2. Riqueza humana como “riqueza em necessidades”	151
2.9. Trabalho, necessidades e direito ao trabalho	157

Capítulo 3. DIREITO AO TRABALHO E LUTA POR

RECONHECIMENTO: AONDE IR APÓS O FIM DA “ERA DOS FINS” ? 170

3.1. Trabalho e reconhecimento	172
3.2. A corporalidade atravessada pelo outro e a ilusão do indivíduo na filosofia dos juristas	192

3.3. O falseamento da filosofia jurídica pelas ciências sociais	199
3.4. A legislação trabalhista e a moderna individuação pelo trabalho	208
3.5. A subjetivação paradoxal	219
3.6. O marco fático de vigência do direito ao trabalho: pra que lado fica o gol ?	226

Capítulo 4. CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS. A MEDIAÇÃO JURÍDICO- DOGMÁTICA DO DIREITO AO TRABALHO: ELEMENTOS PARA UMA DOGMÁTICA JURÍDICA CRÍTICA

243

4.1. A densificação contextualizada do trabalho como direito	243
4.2. A mediação jurídico-dogmática do direito ao trabalho como condição necessária e insuficiente para sua efetividade	248
4.2.1. A força normativa e a concretização do direito ao trabalho	248
4.2.2. Contra a baixa autoestima: as falácias jurisdicista, economicista e politicista	253
4.2.3. Direitos, bens e necessidades: o tensionamento jurídico da realidade	261
4.3. O direito como saber prático	267
4.4. Dogmática e dogmatismos	274
4.5. Dogmática jurídica como saber normativo sobre o concreto (síntese de múltiplas determinações)	279
4.6. Os campos ético, político e jurídico: círculos concêntricos	289
4.7. A perspectiva diatópica: o caráter crítico da dogmática	300

Capítulo 5. O DIREITO AO TRABALHO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	313
5.1. O direito ao trabalho na Constituição de 1988	317
5.2. Normas internacionais relativas ao direito ao trabalho	327
5.3. O direito ao trabalho como feixe de posições jurídicas	332
5.3.1. As dimensões objetiva e subjetiva do direito ao trabalho	336
5.4. Direito ao trabalho e figuras afins: dever de trabalhar, liberdade de profissão e direito a trabalhar	341
5.4.1. Dever de trabalhar	341
5.4.2. Liberdade de profissão e direito de trabalhar	346
5.5. A dimensão coletiva do direito ao trabalho: pleno emprego e contenção à despedida coletiva	353
5.6. Os três níveis do direito ao trabalho	361
5.6.1. O direito ao trabalho no âmbito de relações de trabalho assalariadas	363
5.6.2. O direito ao trabalho nas formas não empregatícias de trabalho	383
5.6.3 O direito ao trabalho como primeiro direito fundamental	399
6. CONCLUSÃO	404
7. BIBLIOGRAFIA	431

Introdução

O pássaro sem vôo

O pássaro sem vôo, solto na sala,
ficou sendo um brinquedo de criança
Que lhe importa a manhã?
Por que saudá-la,
Se a cantiga desperta a mão que o alcança?
De que lhe vale o canto? O canto é apenas
alegria de estranhos
Não é tudo.
O canto é inútil como são as penas.
O pássaro sem vôo, cantando, é mudo.

(José Chagas)

Em uma nota de rodapé de *O mal-estar da civilização*, Sigmund Freud sintetiza o dilema do trabalho na sociedade moderna: uma via privilegiada tanto de realização corporal libidinal quanto de manutenção e justificação da existência social, mas que é menosprezada pela humanidade como caminho para a felicidade:

É impossível considerar adequadamente em uma exposição concisa a importância do trabalho na economia libidinal. Nenhuma outra técnica de orientação vital liga o indivíduo tão fortemente à realidade como a ênfase ao trabalho, que ao menos o incorpora solidamente a uma parte da realidade, à comunidade humana. A possibilidade de transferir ao trabalho e às relações humanas com ele vinculadas uma parte muito considerável dos componentes narcisistas, agressivos e mesmo eróticos da libido, confere àquelas atividades um valor que nada cede em importância ao que têm como condições imprescindíveis para manter e justificar a existência social. A atividade profissional oferece particular satisfação quando é livremente eleita, ou seja, quando permite utilizar, mediante a sublimação, inclinações preexistentes e tendências instintivas evoluídas ou constitucionalmente reforçadas. Não obstante, o

trabalho é menosprezado pelo homem como caminho à felicidade. Não se precipita a ele como a outras fontes de gozo. A imensa maioria dos seres só trabalha sob o império da necessidade, e desta natural aversão humana ao trabalho se derivam os mais dificultosos problemas sociais.¹

Que trabalho é esse – pergunta um conhecido samba cantado por Paulinho da Viola – que se tornou tão incerto como via de emancipação ?². Que descaminhos teriam levado esse elemento tão essencial da atividade humana a ser esvaziado em seu potencial para o desenvolvimento humano em termos corporais, éticos e políticos? Se a crítica da sociedade industrial ainda em formação, expressada nas reivindicações pelo direito ao trabalho na França de 1848, buscava a ruptura com a continuidade das instituições econômicas e sociais com vistas à reapropriação do mundo do trabalho, subsumido pelas novas relações sociais de produção, hoje, as perspectivas para a crítica parecem bem mais tímidas. Oscilam entre o “adeus ao trabalho”, que pretende situar as lutas em uma suposta superação do trabalho, menosprezando sua relevância para o ser social, e a reivindicação conformista de uma garantia de subsistência para todos, independente de qualquer realização autônoma do humano, como ser produtivo, pelo trabalho. Faz sentido insistir, diante disso, em uma plataforma tão fragilizada, colocada em cheque em inúmeros aspectos, tal como é a promessa moderna do direito ao trabalho?

Pode não parecer uma boa estratégia narrativa principiar-se um estudo sobre o direito ao trabalho como direito humano e fundamental colocando-se em dúvida a relevância prática da empreitada. Contudo, o lugar de fala deste

¹ FREUD, Sigmund. **El malestar en la cultura**. Madrid, Alianza Editorial, 2002, p. 250 (tradução livre).

² *Que trabalho é esse ?* de Zorba Devagar e Micau, gravado por Paulinho da Viola. Diz a letra: “Que trabalho é esse que mandaram me chamar/ se for pra carregar pedra não adianta, eu não vou lá.”

trabalho reivindica uma dogmática jurídica socialmente comprometida, que deve procurar identificar a realidade presente e encontrar respostas adequadas aos problemas e necessidades humanos concretos. E o resgate das potencialidades dessa categoria central do discurso jurídico sobre o trabalho depende de identificar-se, de um lado, qual o sentido desse esvaziamento do trabalho, enquanto instituição social essencial, e do direito ao trabalho, enquanto mediação jurídica que funda o discurso do direito sobre aquilo que Polanyi denominava de “o modo de vida das pessoas comuns”³. De outro lado, trata-se de averiguar as condições pelas quais seja possível fazer valer esse direito no contexto de realidade em que se encontra o mundo do trabalho na sociedade contemporânea.

No dia de hoje, ao passo que nunca houve tantas pessoas empregadas, quase metade dos 3 bilhões de habitantes do planeta que têm um emprego (43,5%) vivem abaixo da linha de pobreza de 2 dólares diários, segundo o Informe Tendencias Mundiales del Empleo, de 2008, da Organização Internacional do Trabalho – OIT. Uma outra parcela significativa da população (aprox. 7%, com tendência de aumento nos próximos anos) segue buscando emprego e não o encontra sequer nessas precárias condições.⁴ Recentemente a FAO divulgou dados segundo os quais nada menos de 1 bilhão de habitantes do planeta passam fome, em 2009!⁵

É evidente que, diante desses números, a disputa no mercado pela sobrevivência por meio do trabalho habita o reino da miséria, da opressão,

³ POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens de nossa época**. 8ª ed., Rio de Janeiro, Campus, 2000, p. 51, 89-98 e *passim*.

⁴ Disponível em http://www.ilo.org/wow/Newsbriefs/lang-es/WCMS_097764/index.htm.

⁵ O relatório da FAO, amplamente divulgado em 19.06.2009, segundo o jornal O Estado de São Paulo. <http://www.estadao.com.br/noticias/internacional,fao-uma-em-cada-6-pessoas-passam-fome-no-mundo,389865,0.htm>

onde a discriminação é a medida do lugar no mundo de cada um, que já na infância se revela implacável. Ao tempo em que, no Brasil, vêm a público formas de trabalho forçado que se pensava erradicadas, torna-se cada vez mais difícil traçar a linha divisória entre elas e muitos exemplos de trabalho “livre”. Mesmo a organização sindical ainda resistente, quando não sofre com a ingerência estatal, vê-se diante da fragilidade ante o poder privado, que a transforma em uma voz que, quase sempre, só pode dizer sim. Considerando apenas esses quatro temas – discriminação, trabalho infantil, trabalho forçado e liberdade sindical –, que definem os princípios e direitos fundamentais eleitos pela OIT em 1998, os direitos humanos são a medida da negação cotidiana da dignidade.

Em que pese a violenta progressão geométrica da produtividade tanto do capital fixo, pela escalada tecnológica, quanto do capital variável, pela intensificação dos ritmos de trabalho, os dados do PNUD apontam para um quadro de impressionante desigualdade e concentração de renda. No Brasil, os 20% mais ricos se apropriam de aproximadamente 60% da renda e os 20% mais pobres algo acima de 2%, em uma estrutura discriminatória que se mantém inalterada a despeito das inúmeras oscilações econômicas.⁶

Qualquer intento de pesquisa na área dos direitos humanos é diretamente interpelado por esse contexto de realidade que exige respostas. Retoma-se, então, a dúvida inicial: qual o sentido de tentar reabilitar esse direito, que não seja uma manifestação nostálgica de um passado glorioso de conquistas inalcançadas, um canto mudo do pássaro sem vôo, tal como nos versos do poeta

⁶ BARROS, R. P, HENRIQUES, R e MENDONÇA, R, **A estabilidade inaceitável: desigualdade e pobreza no Brasil**. Texto para discussão. Rio de Janeiro, IPEA, 2001. Disponível em www.ipea.gov.br.

José Chagas? O discurso jurídico e, mais especificamente, aquele do direito do Estado, tem algo a contribuir para esse problema, em tempos de disseminação generalizada da tendência expansiva e globalizadora do capital ?

Em passagem clássica de *A era dos direitos*, Norberto Bobbio vaticinou que “o importante não é fundamentar os direitos do homem, mas protegê-los”.⁷ Ao contrário dessa afirmação, cremos, na esteira do que vem sustentando Joaquín Herrera Flores, que já é mais que tempo de parar para refletir como, para proteger os direitos humanos, é indispensável repensar-se a sua fundamentação.⁸

O presente estudo destina-se a explorar as potencialidades de uma reconstrução jurídico-dogmática do direito ao trabalho como direito fundamental, em especial no contexto do direito estatal brasileiro. Para isso, vai-se privilegiar a reconstrução dos fundamentos do direito ao trabalho com vistas a potencializar a sua concretização, como mediação a serviço da vida digna dos sujeitos concretos. Assume-se a hipótese de que há um déficit de fundamentação do direito ao trabalho que afeta diretamente as possibilidades de sua efetivação, inclusive no labor de desenvolvimento dogmático dessa categoria jurídica central.

Entre outras coisas, responder à pergunta pelo conteúdo e pelas condições de efetividade desse que é afirmado o direito social mais essencial e que ao mesmo tempo é talvez o mais inefetivo, o direito ao trabalho, depende, hoje, de enfrentar o próprio esvaziamento do sentido do trabalho. A modernidade

⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos* (trad. Carlos Nelson Coutinho). 10^a ed., Rio de Janeiro, Campus, 1992, p. 37.

⁸ HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto*. Madrid, Catarata, 2005, p. 36-38.

capitalista reduziu o trabalho humano a uma específica forma de trabalhar, que subsume o trabalho como produtor de valor para o capital, mas que não resulta em valor de uso para o sujeito que trabalha. Promoveu uma separação radical entre trabalho e vida, ao tempo que excluiu progressivamente os outros modos de relacionar trabalho e vida. Ato contínuo, esse específico modo de trabalhar, que nega o trabalho como direito, no extremo, um trabalho “não-vida”, torna-se uma presença avassaladora para a vida das pessoas. Quem não tem um “trabalho” continua tendo o trabalho, que não está, como o referencial de identificação e reconhecimento social e a única via possível de alcançar bens, a começar pelos de sobrevivência. Quem tem um “trabalho”, se exaure cada vez mais, ante o medo do risco de desestabilização que pode produzir a sua perda, numa precariedade que raramente viabiliza a construção de um projeto de vida digna.

Parte-se de que, antes de pesquisarem-se as perspectivas de exigibilidade das normas relativas à concretização do direito ao trabalho, relegado a uma extremada inefetividade, é preciso questionar o conteúdo desse direito, iniciando-se por uma reconstrução da categoria trabalho para além dos limites da disciplina jurídica. O escasso desenvolvimento dogmático da categoria jurídica direito ao trabalho encontra-se marcado pela esterilização da própria noção de trabalho construída na sociedade capitalista contemporânea. Perguntar pelo direito ao trabalho tendo em mira apenas o trabalho abstrato, desrealizador, resulta na paralisia de qualquer intento emancipador. É preciso, pois, reconstruir a compreensão da relação do trabalho com a subjetividade humana, mesmo no contexto da sociedade capitalista, para recuperar-se a legitimidade da reivindicação pelo direito ao trabalho.

Desta forma, a efetividade do direito ao trabalho, enquanto resposta a exigências de vida digna das pessoas, está diretamente ligada à sua fundamentação, como momento prévio⁹ indispensável, ainda que apenas parcialmente suficiente.

Essa fundamentação, entendida como explicitação e análise dos fundamentos que possibilitam a práxis humana que desenvolve o processo histórico em torno dos direitos humanos, é aqui vista como processo contínuo e que não visa à identificação de um fundamento metafísico último ou de um fundamento único.¹⁰ Trata-se de um esforço de construção de sentido que não é propriedade exclusiva dos “homens do direito” e que necessita de elementos de contextualização fática e de elementos normativos que normalmente são desconsiderados ou, se muito, tomados de forma meramente implícita pelo saber jurídico tradicional.

Certamente o campo da dogmática jurídica não contém todas as chaves para enfrentar a negação do direito ao trabalho. A própria esfera jurídica constitui apenas um dos diversos campos em que se disputam as questões essenciais para a sua realização. Entretanto, quando, desde o ponto de vista de um agente que atua na contingência da construção cotidiana dos sentidos jurídicos, se assume perguntar pelo direito ao trabalho, isso já implica, evidentemente, que se admite a possibilidade de alinhar alguma resposta capaz de contribuir nesse sentido.

⁹ Essa anterioridade da fundamentação em relação à aplicação não é cronológica, mas categorial, pois os procedimentos de aplicação precisam reconstruir os argumentos de fundamentação.

¹⁰ SENENT DE FRUTOS, Juan Antonio. **Problemas fundamentales de los derechos humanos desde el horizonte de la práxis**. Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 55-56.

Investigam-se as condições para realizar-se essa reconstrução do direito ao trabalho, privilegiando os aportes sobre o trabalho propiciados pela Filosofia da Libertação, de Enrique Dussel e Franz Hinkelammert, em diálogo com a Teoria Crítica dos Direitos Humanos, desenvolvida por Joaquín Herrera Flores e David Sánchez Rubio, entre outros autores. A partir desse marco se vai buscar identificar nas teorias das necessidades, em especial de Hinkelammert e Mora e de Doyal e Gough, os elementos capazes de reconectar a fundamentação do direito ao trabalho à corporalidade dos sujeitos humanos em sociedade. Um outro esforço de fundamentação que complementa o anterior, está no resgate das relações entre trabalho e reconhecimento a partir de uma apropriação crítica dos aportes de Axel Honneth. No momento em que a temática do reconhecimento, da igualdade e da diferença ganha corpo na reflexão teórica sociológica, ao passo que parece aminorar-se a relevância daquele que foi o seu tema central, o trabalho, é indispensável recuperar o elo essencial que há entre trabalho, construção das identidades e reconhecimento. Isso servirá para demonstrarem-se tanto alguns limites quanto potencialidades emancipatórias do direito ao trabalho.

No Capítulo 1, cuida-se de traçar o diagnóstico da exemplar inefetividade do direito ao trabalho, que foi levado, a partir do reducionismo moderno do trabalho, ao beco sem saída de um direito afirmado como central pelos textos normativos das constituições, tratados de direitos humanos e pelos juristas, mas que só tem a oferecer a negação do trabalho, como denunciam filósofos e sociólogos. É preciso, porém, reconhecer o papel do direito como tensionador da realidade. Uma estratégia conceitual então, se desenha para sair

dessa clausura, a partir da reabilitação da tensão entre trabalho vivo e capital. Na interpretação dusseliana da obra de Marx, reabre-se a perspectiva de resgatar o papel emancipador do trabalho como direito para além da sua redução como trabalho assalariado, mas inclusive no interior das relações de assalariamento.

É hipótese deste estudo que há um duplo déficit na fundamentação do **direito ao trabalho**. Perdeu, o **direito**, a conexão com as necessidades, reduzidas ao relativismo dos valores e ao minimalismo da subsistência, ao passo que o **trabalho** é esvaziado de sua riqueza de sentidos estabelecidas em suas múltiplas conexões com as necessidades e com o reconhecimento.

Assim, o núcleo da fundamentação do direito ao trabalho será desenvolvido a partir da reconstrução da relação entre direitos fundamentais, necessidades e trabalho, objeto do Capítulo 2. O processo sempre contínuo e aberto de fundamentação dos direitos dimensiona-se a partir das relações entre trabalho, necessidades, bens, tramas sociais, valores e direitos. Para este ponto confluem o critério de produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana desenvolvido por Dussel e o critério de riqueza humana, ressaltado em Marx por Herrera, conforme aí explicitado. O estudo das relações entre trabalho e necessidades permite iluminar tanto o reducionismo moderno do trabalho, quanto a amplitude da perspectiva de recuperação de seu sentido integral.

Isso, porém, não dispensa de contextualizar as condições presentes de o direito do trabalho continuar mediando a luta por reconhecimento e a construção das subjetividades por meio do trabalho. O Capítulo 3 trata, então, desse contexto atual. A corporalidade trabalhadora é tratada em sua constitua

integração nas relações sociais de produção. A corporalidade está sempre atravessada pelo outro. Os dilemas do trabalho como mediador da identidade e os processos de individuação em torno do trabalho indicam quais perspectivas tem, a lei, para seguir exercendo uma função central nesse processo, em um contexto bastante diverso – e adverso – em relação àquele que cumpriu sob o modelo da sociedade salarial. Esse novo contexto constitui o marco de vigência de qualquer proposta relativa ao direito ao trabalho. Seguindo a Giovanni Arrighi e Istvan Mézarós, pretende-se dimensionar o momento crítico de transição em que nos encontramos, no qual não mais se encontram as condições de um ciclo de expansão produtiva e desenha-se o vulto de uma crise estrutural do capital. É nesse contexto que se devem buscar as perspectivas do direito ao trabalho servir à luta por reconhecimento.

Mas o lugar que situa este esforço determina, como ponto de chegada, o nível concreto da dogmática jurídica, entendida esta como o discurso jurídico contingenciado em um dado sistema jurídico que se dedica à singularidade das situações concretas e, portanto, devendo buscar sempre uma “síntese de múltiplas determinações”, desde uma perspectiva crítica, o que se definirá no momento devido. Assim, as considerações metodológicas do trabalho serão efetuadas no Capítulo 4, onde se explicitam esses parâmetros. Para explicitar essa “entrada” na dogmática jurídica, sem que se tenha que deixar na porta todo o arcabouço amalhado fora das fronteiras tradicionais da disciplina, será necessário empreender um esforço de compreensão do próprio sentido do labor dogmático. Por isso, a necessidade de um capítulo que se ocupa

especificamente do método de uma, apenas aparentemente contraditória, dogmática jurídica crítica.

Feito esse percurso de fundamentação, trata-se de voltar ao âmbito específico da dogmática jurídica, carregando na bagagem os elementos conceituais conquistados, para experimentar as potencialidades de desenvolver-se dogmaticamente o direito ao trabalho reconstruído. Trata-se, então, no Capítulo 5, de adentrar na elaboração dogmática do direito ao trabalho no contexto do direito estatal brasileiro e o desenvolvimento de instrumentos para sua exigibilidade. Isso significará a releitura das categorias do direito do trabalho como um todo, que perderam significativamente o contato com a sua categoria essencial, o direito fundamental ao trabalho. Ali, desenham-se os três níveis em que se pode articular o direito ao trabalho a partir de dentro da dogmática jurídica. Cuida-se, então, de desenhar os contornos gerais que permitam vislumbrar as potencialidades desse trabalho de desenvolvimento dogmático do direito ao trabalho. Uma virtualidade limitada, é certo, mas que é produtiva e por nenhuma razão pode ser negligenciada.

Em síntese, se trata, de um lado, de assumir uma perspectiva subparadigmática, mas que, por outro lado, constrói, no cotidiano das relações jurídicas, espaços de transformação paradigmática, na interminável tarefa da libertação.

Capítulo 1. DIMENSIONANDO O PROBLEMA: O ENCLAUSURAMENTO DO DIREITO AO TRABALHO E O CAMINHO PARA UMA RECONSTRUÇÃO

É preciso trabalhar com leveza, vigiar os movimentos. (...) Manobrar a pá sem excesso de fadiga, executar dia a dia uma tarefa igual exige habilidade. Quando tem de retirar a terra de um fosso muito profundo, não há cabouqueiro que não se orgulhe do seu lançamento de pá. Da repetição do mesmo esforço nasce um ritmo, uma cadência em que o corpo encontra a sua plenitude. Não é mais fácil lançar bem a pá do que lançar um disco.

Georges Navel

1.1. O beco sem saída do direito ao trabalho na sociedade capitalista

1.1.1. A centralidade inefetiva do direito ao trabalho

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, em seu artigo 6º, designa o trabalho como um direito social fundamental, a par de estatuir, como fundamento da República Federativa do Brasil “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (art. 1º, IV). Dispõe, ainda, ser o trabalho o fundamento da ordem econômica (art. 170, *caput*) e a busca do pleno emprego um de seus princípios reitores (art. 170, VI). Ademais, o art. 5º, § 1º, assegura a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, inclusive dos direitos sociais.¹

¹ A respeito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais na Constituição do Brasil, ver, por todos, SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2006.

Buscando-se nas fontes internacionais, o parágrafo 1 do artigo 23 da Declaração Universal de Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, proclama: “Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de seu trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego.”

Outro texto normativo importante, vigente no Brasil, o Protocolo adicional ao Pacto de San José da Costa Rica sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, consagra a definição normativa mais precisa do direito ao trabalho. Discernindo entre o direito ao trabalho, como conceito mais abrangente, e conceitos mais específicos, a ele relacionados, mas que não o esgotam, tais como o direito a obter a subsistência pelo trabalho, direito a políticas de pleno emprego e direito a condições mínimas de proteção e retribuição do trabalho assalariado, o art. 6 do Protocolo adicional dispõe que:

1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, o que inclui a oportunidade de obter os meios para levar uma vida digna e decorosa por meio do desempenho de uma atividade lícita, livremente escolhida ou aceita.

2. Os Estados Partes comprometem-se a adotar medidas que garantam plena efetividade do direito ao trabalho, especialmente as referentes à consecução do pleno emprego, à orientação vocacional e ao desenvolvimento de projetos de treinamento técnico-profissional, particularmente os destinados aos deficientes. Os Estados Partes comprometem-se também a executar e a fortalecer programas que coadjuvem um adequado atendimento da família, a fim de que a mulher tenha real possibilidade de exercer o direito ao trabalho.²

² Ratificado pelo Brasil pelo Decreto Legislativo 56, de 19.04.1995, sendo depositado em 21.08.1996, entrando em vigor, no plano internacional e para o Brasil em 16.11.1999, sendo completado o processo de

Reiteradamente proclamado nos textos constitucionais e de normas internacionais relativas a direitos humanos, o direito ao trabalho é considerado como “el arquetipo de los derechos sociales”³ ou “o direito social por antonomásia”⁴. Sua centralidade para o discurso jurídico é reiterada na literatura não só por tais razões de ordem normativa, mas também por razões de ordem histórica – como primeira bandeira que levou ao constitucionalismo social – e cultural – pela necessária hierarquia valorativa que assume na “sociedade do trabalho”.⁵ Sobretudo, tal direito é reconhecido como a condição indispensável para outros direitos humanos, como consta da Proclamação de Teerã, de 1968, pela Assembléia Geral da ONU. O mesmo foi articulado de modo taxativo na resolução 34/46, de 1979, também da Assembléia Geral da ONU: “a fim de garantir cabalmente os direitos humanos e a plena dignidade pessoal, é necessário garantir o direito ao trabalho”.

introdução no direito interno brasileiro pelo Decreto 3.321, de 30.12.1999 (DOU 31.12.1999). Em sentido semelhante, mas com redação bastante inferior, ver o art. 6º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, incorporado ao direito interno brasileiro com o Decreto 591, de 06.07.1992. Da maior relevância, ainda, o disposto no art. 1º da Convenção 122 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, ratificada pelo Brasil com o Decreto Legislativo 61, de 30.11.1966 e incorporada ao direito interno pelo Decreto 66.499, de 27.04.1970, que dispõe sobre a política de emprego, a qual deverá procurar garantir: “a) **que haja trabalho para todas as pessoas disponíveis e em busca de trabalho**; b) que este trabalho seja o mais produtivo possível; c) que haja livre escolha de emprego e **que cada trabalhador tenha todas as possibilidades de adquirir e de utilizar, neste emprego, suas qualificações, assim como seus dons**, qualquer que seja sua raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social” (grifou-se).

³ SASTRE IBARRECHE, Rafael. *El derecho al trabajo*. Madrid, Trotta, 1996, p. 19.

⁴ “Que el derecho al trabajo há sido considerado tradicionalmente como el derecho social paradigmático entre todos los derechos sociales, o el derecho social por antonomasia, no necesita ahora ya particulares justificaciones, pues es un dato adquirido la numerosísima literatura al respecto.” MONEREO PÉREZ, José Luiz e MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. *El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo*, in MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE e MORENO VIDA (dir.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002, p. 288.

⁵ Ibidem.

No dizer de Celso de Albuquerque Mello seria “o direito ao trabalho o mais importante, ou o direito básico dos direitos sociais”⁶, sendo a condição para os demais direitos sociais. E sem estes últimos, não há sentido para os direitos individuais clássicos, uma vez que já adquirida a compreensão da interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos: “o que interessa a liberdade de expressão se não se têm os direitos à saúde, ao trabalho, à alimentação?”⁷

Essa preeminência do direito ao trabalho como condição de possibilidade de outros direitos foi assinalada de modo exemplar por aquele a quem se atribui a paternidade da expressão “direito ao trabalho”, o filósofo Charles Fourier, para o qual “a política enaltece os direitos humanos, mas não garante o primeiro e o único verdadeiramente útil deles, a saber: o direito ao trabalho”.⁸

Com efeito, quando se pergunta pela realidade das relações de trabalho contemporâneas, a centralidade do direito ao trabalho, afirmada pela doutrina e pelos textos da Constituição e de tratados internacionais, tem a exhibir como portfólio não mais que uma **inefetividade exemplar**, em vez de um grau de concretização na prática jurídica equivalente à sua relevância nos discursos doutrinários e normativos. O fato é que as proclamações do direito ao trabalho, no mais das vezes, são acompanhadas do sentimento de impotência expressado na glosa dos juristas de que tal direito jamais pode ser concebido como um direito

⁶ MELLO, Celso de Albuquerque. A proteção dos direitos humanos sociais nas Nações Unidas. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 228.

⁷ Idem, p. 221.

⁸ Apud MAYER, Jean. **El concepto de derecho al trabajo em las normas internacionales y em la legislación de los Estados Miembros de la OIT**. Revista Internacional del Trabajo, vol. 104, n. 2 (abr-jun de 1985), p. 282.

concreto a exigir do Estado ou de particulares um posto de trabalho, pois estaria inteiramente dependente da iniciativa privada,⁹ ou quiçá de políticas genéricas de promoção do emprego¹⁰. Após essa afirmação, segue-se, normalmente, um escasso esforço de concretização dogmática dessa categoria jurídica central. Poderia, quando muito, cumprir apenas a função, mais modesta, de limitar as ações do Estado que venham a violar esse direito.¹¹

Bem assim, não são poucas as manifestações que questionam a viabilidade do direito ao trabalho na sociedade capitalista, não obstante seja nesta que ele surge historicamente. Tocqueville, na Assembléia Constituinte francesa de 1848, já advertia, contra Louis Blanc, que uma efetiva garantia do direito ao trabalho somente poderia resultar no comunismo ou no socialismo.¹² Essa incompatibilidade entre capitalismo e direito ao trabalho foi posta em termos um pouco mais complexos por Anton Menger. O grande jurista austríaco defendeu uma tríade de direitos fundamentais econômicos: o direito à existência, o direito ao trabalho e o direito ao produto íntegro do trabalho. O primeiro, um direito exercitável diretamente frente ao Estado de obter os meios para satisfazer as

⁹ “(...) por la simple razón de que la oferta de trabajo reside mayoritariamente en sujetos privados, cuya decisión de creación de empleo es finalmente libre y no viene determinada, sí impulsada o fomentada en su caso, por la acción de lo poderes públicos.” PALOMEQUE LOPEZ, Manoel-Carlos, Prólogo, in SASTRE IBARRECHE, ob. cit., p. 15.

¹⁰ Nesta vertente, como bem anota Antonio BAYLOS GRAU, o direito ao trabalho resulta sem qualquer garantia, pois o direito individual ao trabalho estaria absolutamente dependente da dimensão coletiva desse direito, em função da política de emprego ocasionalmente adotada pelo poder público. **El derecho al trabajo como derecho constitucional**, in, Revista Anamatra-Forense, 2004, n., p. 20.

¹¹ O Tribunal Constitucional espanhol, na STC 227/1998, de 16 de novembro, por exemplo, entendeu que, face a proteção constitucional do direito ao trabalho, em condições de igualdade, o legislador não tem plena liberdade para caracterizar como não trabalhista e retirar do âmbito de regulação do direito do trabalho e das tutelas de direitos fundamentais que são adscritas à relação de trabalho, uma determinada forma de prestação de serviços, estando obrigada a observar os supostos de fato que ensejam sua inclusão sob a proteção do direito do trabalho, sob pena de estar restringindo indevidamente os trabalhadores como setor social, conceito jurídico-político do qual deriva o gozo de direitos fundamentais.

¹² MAYER, **El concepto de derecho al trabajo**, p. 297.

necessidades na medida dos meios existentes. O segundo, relevante em uma transição à sociedade socialista, de meramente obter um trabalho pago, se não pelas vias empresariais privadas, então diretamente pelo estado. Estes dois não seriam incompatíveis com a sociedade capitalista. Já o direito ao produto íntegro do trabalho, ou seja, a receber a integralidade da riqueza agregada ao produto pelo trabalhador, seria incompatível com o regime de trabalho assalariado e implicaria na supressão da propriedade privada da terra e do capital.¹³

Posteriormente, na experiência da Constituição de Weimar, o direito ao trabalho, proclamado no art. 163, foi compreendido como mera medida dirigida ao legislador, sem assegurar qualquer direito subjetivo, na esteira da doutrina de Hermann Heller.¹⁴ De modo geral, entre fins do século XIX e início do XX, o que se assiste na Europa é a um declínio do direito ao trabalho, reduzindo-se tendencialmente a um direito à assistência social pública.¹⁵ Para um renomado jusfilósofo italiano contemporâneo, Danilo Zolo, embora constitucionalmente positivado o direito ao trabalho, o fato de não se poder impor a alguém que ofereça um posto de trabalho a outrem faz deste um direito não justiciável, donde seria duvidosa até mesmo sua juridicidade.¹⁶ Tal compreensão já fora vaticinada

¹³ MENDER, Anton. **El derecho al producto íntegro del trabajo. El estado democrático del trabajo.** Granada, Comares, 2004, passim.

¹⁴ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente: a atualidade de Weimar.** Rio de Janeiro, Azougue Editorial, 2004, p. 29. SASTRE IBARRECHE, **El derecho al trabajo**, p. 38.

¹⁵ SASTRE IBARRECHE, **El derecho al trabajo**, p. 37.

¹⁶ “El derecho al trabajo, aunque sancionado en el nivel constitucional, sigue siendo, en los sistemas de economía de mercado, un derecho no justiciable – y, por ello, no aplicable por parte de los órganos judiciales con procesos definidos – porque ninguna autoridad judicial puede ordenar a nadie, trátase de un sujeto público o de un sujeto privado, que ofrezca un puesto de trabajo a otro.” ZOLO, Danilo. Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los ‘derechos fundamentales’: a propósito de um ensayo de Luigi Ferrajoli. In FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales.** Madrid, Trotta, 2001, p. 94.

por Norberto Bobbio, que de modo radical excluiu a utilidade da investigação filosófica e mesmo jurídica para a realização do direito ao trabalho:

O direito ao trabalho nasceu com a Revolução Industrial e é estreitamente ligado à sua consecução. Quanto a esse direito, não basta fundamentá-lo ou proclamá-lo. Nem tampouco basta protegê-lo. O problema da sua realização não é nem filosófico nem moral. Mas tampouco é um problema jurídico. É um problema cuja solução depende de um certo desenvolvimento da sociedade e, como tal, desafia até mesmo a Constituição mais evoluída e põe em crise até mesmo o mais perfeito mecanismo de garantia jurídica.¹⁷

Para Bobbio, assim, o direito teria pouco a contribuir para a efetividade do direito ao trabalho, cabendo-lhe, apenas, esperar por desenvolvimentos econômicos – não se sabe sob o impulso de qual ordem – que venham a propiciar-lhe efetividade.

No contexto brasileiro, que aqui se considera especialmente, há sempre referências à centralidade do direito ao trabalho para a dignidade humana, valendo referir a histórica enunciação de Evaristo de Moraes Filho, que vê no direito ao trabalho o direito a participar da produção social e dos seus resultados:

Sendo o trabalho um prolongamento da própria personalidade, que se projeta no grupo em que vive o indivíduo, vinculando-o, pela própria divisão do trabalho social, aos demais que a compõem, representa esse direito, por si só, a raiz da própria existência do homem, pelo que lhe proporciona ou lhe pode proporcionar de subsistência, de liberdade, de auto-afirmação e de dignidade. O direito ao trabalho é a possibilidade de

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro, Campus, 1992, p. 45.

vir a participar cada um da produção de todos, recebendo em troca, a remuneração que lhe é devida.¹⁸

Contudo, sequer uma dimensão negativa do direito ao trabalho, como limite às ações do Estado potencialmente violadoras desse direito, vê-se minimamente desenvolvida, sendo escassa a produção teórica a respeito e rara a sua aparição nas decisões dos tribunais¹⁹. Se ampliarmos o questionamento para além da obrigação de proteção contra violações, incluindo as outras espécies de obrigações do Estado brasileiro para com a efetividade dos DESCs²⁰, ainda menos se encontra em termos de medidas concretas que se destinem explicitamente a proteger diretamente o direito ao trabalho, tanto em face de violações de particulares, quanto com o fim de promover as medidas legislativas, administrativas e judiciais para sua promoção. Uma inércia que inclusive contrasta com os desenvolvimentos ainda iniciais, mas relativamente expressivos, que um renovado direito constitucional, absorvido pelos demais campos do direito, vem propiciando no âmbito de outros direitos sociais, como direito à saúde, à educação, à moradia e outros. A percepção de que não há um abismo entre a estrutura normativa de direitos sociais e de direitos civis e políticos vem possibilitando diversos avanços na exigibilidade desses direitos que, contudo, não vêm alcançando o direito ao trabalho.²¹

¹⁸ MORAES FILHO, Evaristo de. **O direito ao trabalho**. In Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, 11-16 ago. 1974, Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, Asgráfica, 1974, p. 674.

¹⁹ A respeito, LEDUR, José Felipe. **A realização do direito ao trabalho**. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

²⁰ A recomendação 12 do Comitê de peritos do PIDESC explicita três espécies de obrigação do Estado: a) não violar diretamente o direito; b) protegê-lo em face de violações de terceiros; e c) promover todas as medidas legislativas, administrativas e judiciais ao seu alcance para sua efetiva implementação.

²¹ Um excelente estudo dessas práticas doutrinárias e judiciais em diversos países, embora com a explícita desconsideração do direito ao trabalho, foi feito por ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. **Los**

Fábio Konder Comparato afirma ser o direito ao trabalho “a pedra angular da construção de uma verdadeira sociedade democrática”²², mas a doutrina constitucional brasileira raramente dedica algumas linhas a esse que seria o carro chefe dos direitos sociais, tanto por sua relevância teórica, quanto por sua primazia histórica.²³ Algo que nos faz refletir sobre o caráter de um constitucionalismo que não se dedica àquilo que Polanyi denominou “o modo de vida das pessoas comuns”: o trabalho. Semelhante omissão, porém, se verifica também entre os juslaboralistas pátrios.²⁴

Esse quadro, apenas rapidamente rascunhado, que nos revela o anúncio de uma absoluta proeminência do direito ao trabalho no discurso dos direitos sociais, mas que se esvai na notícia de sua rarefeita exibibilidade, representa, no entanto, só uma primeira faceta do problema. Se as perspectivas de exigibilidade de um **direito ao** trabalho são, à primeira vista, desestimulantes, ao nos indicarem um certo abandono desse que seria o direito fundamental social por excelência, é muito mais difícil a possibilidade de uma resposta satisfatória quando se pergunta pelo conteúdo desse direito. O que é trabalho quando se pergunta pelo conteúdo do direito **ao trabalho**?

derechos sociales como derechos exigibles. Madri, Trotta, 2002. Contudo, já na 2ª edição da mesma obra, de 2004, os autores passam a relatar também desenvolvimentos dogmáticos em torno do direito ao trabalho.

²² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001, p. 345.

²³ Apenas um exemplo: o **Curso de Direito Constitucional**, de MENDES, Gilmar et alii, 2ª ed., São Paulo, Saraiva/IDP, 2008, em suas mais de 1400 páginas, das quais 35 são dedicadas especificamente ao direito de propriedade, menciona durante 5 páginas os direitos sociais, sem fazer nenhuma referência ao direito ao trabalho.

²⁴ Dentre as poucas exceções, que confirmam a regra, destacam-se, além de LEDUR, ob. cit., os trabalhos de GOMES, Fábio Rodrigues. **O direito fundamental ao trabalho: perspectivas histórica, filosófica e dogmático-analítica.** Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2008. DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno.** São Paulo, LTr, 2006. FONSECA, Maria Hemília. **O direito ao trabalho: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro.** São Paulo, LTr, 2009. ALEMÃO, Ivan. **Desemprego e direito ao trabalho.** São Paulo, Esplanada/ADCOAS, 2002.

Considera-se que há uma generalizada redução do sentido do conteúdo do direito ao trabalho – por diversas razões que se explicitam ao longo do texto. A redução do sentido do trabalho na modernidade capitalista se reflete no discurso jurídico em termos de um esvaziamento do conteúdo da categoria jurídica central do direito ao trabalho. Por exemplo, para José Afonso da Silva, o direito ao trabalho, para além das normas objetivas que constituem o direito do trabalho, está “a significar que o trabalho é um direito social – o que, em outras palavras, quer dizer: direito ao trabalho, direito de ter um trabalho, possibilidade de trabalhar.”²⁵ Esse “trabalho” a que se refere o direito, é explícita ou implicitamente entendido apenas como uma específica forma de trabalho, o trabalho assalariado, e nele se vê apenas um meio de subsistência e não uma forma essencial da atividade humana que se apresenta, ainda, como via essencial de desenvolvimento da personalidade. Amauri Mascaro Nascimento é mais explícito:

O ser humano, para viver, precisa prover a sua subsistência. Para fazê-lo, depende do trabalho. Logo, o trabalho é um direito. É o direito que todo ser humano tem de converter a própria atividade em ganho de subsistência pessoal e familiar. O direito ao trabalho está relacionado com o direito à vida e à subsistência.²⁶

Entende-se que reside aqui, na definição do conteúdo do direito ao trabalho e na explicitação dos fundamentos desse direito, o nó principal a ser desfeito com vistas à potencialização jurídica da sua efetividade. O esmaecimento do discurso jurídico do direito ao trabalho padece, em especial, do esvaziamento da própria noção de trabalho. É esse o aspecto que se enfoca no tópico a seguir.

²⁵ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. São Paulo, Malheiros, s.d. p. 185.

²⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do trabalho na Constituição de 1988**. São Paulo, Saraiva, 1989, p. 25.

1.1.2. A miragem do fim da linha: direito a quê ?

A decisão de realizar um estudo sobre as condições de fundamentação e concretização do direito ao trabalho, evidentemente, supõe que se admita que haja alguma perspectiva positiva na empreitada. Em especial, vindica-se que os problemas de efetividade e exigibilidade do direito ao trabalho estão em parte vinculados a problemas relacionados à sua fundamentação, diversamente do que vaticinara Norberto Bobbio ao dizer que os problemas dos direitos humanos não seriam mais problemas de fundamentação, mas de sua implementação.²⁷ Com efeito, considera-se não há porque estancar a discussão sobre a fundamentação do direito ao trabalho como direito humano e fundamental, como queria Bobbio, até porque uma das principais questões que se trata de elucidar é: no que consiste o trabalho a cujo direito se quer assegurar? O impasse a que chegou o direito ao trabalho, no mais das vezes, padece de reduzi-lo ao direito a um trabalho assalariado cada vez mais escasso e que, nas condições atuais, mesmo naqueles ainda mais reduzidos casos em que propicia a reprodução do trabalhador enquanto força de trabalho viva, guarda pouca similitude com alguma visão aceitável de vida digna.

Postula-se que o desenvolvimento dogmático das garantias jurídicas necessárias a sua exigibilidade judicial é essencial e urgente. Contudo tal processo está estancado, entre outros aspectos tratados adiante, justamente pelos impasses quanto ao conteúdo disso que se quer assegurar como direito. O

²⁷ BOBBIO, ob. cit., p. 24.

discurso jurídico perdeu a capacidade de “ver” as possibilidades do direito ao trabalho e de extrair daí exigências normativas. Este é o ponto central para uma aproximação reconstrutiva do direito ao trabalho.

Não se cuida, aqui, tão-só de perguntar-se se tal direito confunde-se com o dever de trabalhar²⁸, se ele se limita à liberdade de escolha de um trabalho ou profissão ou de manter-se nela e nem mesmo se abrange o direito a um posto de trabalho ou à ocupação efetiva²⁹. Indaga-se sobre quais os caminhos para se recuperar a força normativa dos fundamentos desse direito que contribuam para que possa prevalecer diante de outros bens, diferentemente do que hoje sucede. Em especial, a primeira questão que se evidencia é: a que realidades se refere a palavra trabalho quando se pergunta pelo direito ao trabalho?³⁰

E é preciso reconhecer que levar a sério essa pergunta, pelo menos num primeiro momento, faz diminuir as esperanças quanto à fecundidade de uma aposta no direito ao trabalho. Um olhar retrospectivo e crítico sobre a crônica do trabalho assalariado na modernidade capitalista, em que se produziu o

²⁸ A jurisprudência dos tribunais brasileiros é praticamente ausente na elaboração do direito ao trabalho. Ainda assim, mais da metade das poucas referências ao “direito ao trabalho” encontradas na jurisprudência brasileira o utilizam nesse sentido, relacionado ao direito e dever de trabalhar do preso.

²⁹ O direito à ocupação efetiva, expressamente previsto na legislação espanhola (art. 4.2, *a*, do Estatuto de los Trabajadores), é reconhecido pela jurisprudência brasileira, embora sem previsão legislativa expressa: RESCISÃO INDIRETA – NÃO-OFERECIMENTO DE TRABALHO – O não-oferecimento de trabalho configura flagrante descumprimento pelo empregador de obrigação contratual. Reveste-se de gravidade, na medida em que a ociosidade atenta contra a dignidade da pessoa humana, comprometendo a sua auto-estima e violando, em consequência, direito fundamental do empregado, qual seja, o direito ao respeito a sua pessoa. Revista conhecida e desprovida. (TST – RR 331495/1996 – 2ª T. – Rel. Min. Jose Luciano de Castilho Pereira – DJU 31.10.1997 – p. 55889)

³⁰ Sintomaticamente, MARTÍN VALVERDE, ao afirmar com perspicácia que “el principal problema que se plantea en el estudio del derecho al trabajo es el de su definición”, logo circunscreve as possibilidades de responder à pergunta por seu conteúdo preciso ao âmbito de “la pretensión del individuo frente a la sociedad a una ocupación remunerada”. Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la constitución española. In VVAA, **Derecho del trabajo y de la seguridad social en la Constitución**. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980, p. 189.

disciplinamento dos corpos para a “loucura do trabalho”, terá bons argumentos para dar razão aos milenaristas do fim do trabalho, tal como Robert Kurz, que denomina ser, o direito ao trabalho, um “direito masoquista”. Segundo esse autor, que aplaude a libertação do trabalho que o capitalismo, agora, estaria a proporcionar, não há nenhum sentido emancipatório na reivindicação moderna do direito ao trabalho³¹. Já para Pietro Barcellona, que não compartilha do mesmo otimismo, o

“reino do trabalho é, de fato, o reino da impersonalidade, da prestação funcional privada de criatividade e de contribuições significativas. Até a alienação de Marx parece inadequada para reunir sob uma única etiqueta os diversos fragmentos do trabalho humano, que se apresentam sempre mais como prestações impessoais absolutamente funcionais e repetitivas.”

O desfecho da modernidade capitalista, para o autor italiano, é a supressão da relevância do social e dos indivíduos.³² Numa outra perspectiva, ainda, André Gorz dá por sacramentado o fim da sociedade do trabalho, que só remanesceria atualmente como dever opressor e conclama a “ousar o Êxodo da ‘sociedade do trabalho’: ela não existe mais e não será mais restabelecida”. Ao

³¹ KURZ, Robert. **O desfecho do masoquismo histórico – o capitalismo começa a libertar o homem do trabalho**. Folha de São Paulo, São Paulo, 20.07.1997, Caderno Mais. Sobre essa perspectiva, ver, ainda, o **Manifesto contra o trabalho**, elaborado pelo GRUPO KRISIS. São Paulo, Conrad, 2003. É de se considerar que a separação do campesinato de seus meios de produção, na Grã-Bretanha dos princípios da revolução industrial, a qual gerou uma súbita ociosidade que engendrou o exército de reserva de força de trabalho, também foi celebrada, à época, como verdadeira emancipação do trabalho. BAUMAN, Zygmunt. **La sociedad individualizada**. Madrid, Cátedra, 2001, p. 29-30.

³² “A abstração do sujeito dissolveu-se porque se realizou. O capitalismo, a organização capitalista da produção, a autonomia do cálculo econômico obtiveram praticamente sucesso. O cálculo e a mercadorização produzem, de fato, uma nova forma de visibilidade e representabilidade das necessidades humanas, que parecem exaurir a dissipação individualista e os tipos de mediação tradicionais.” BARCELLONA, Pietro. **O egoísmo maduro e a insensatez do capital**. São Paulo, Ícone, 1995, p. 30 e 37. Tem-se que, se tal abstração houvesse se realizado inteiramente, não só como racionalidade utópica ultraliberal, mas como concretude histórica, já não haveria mercado. A autopoiese da sociedade de mercado total é impossível, porque depende das condições de sociabilidade que, junto com a natureza, ela destrói.

mesmo tempo, porém, o sociólogo francês, em trabalho mais recente, incita a “ousar e desejar recuperar a apropriação do trabalho”, apostando na possibilidade de “mudar o trabalho”.³³

Diversos outros sociólogos e filósofos críticos de qualquer elogio ao trabalho na modernidade também poderiam ser citados, como Proudhon, Lafargue, Marcuse, Benjamin, Habermas, Racionero, De Masi, Méda. O trabalho alienado capitalista, objetivante e desrealizador, apresenta-se, nessas e em outras leituras, como horizonte inexcedível. Se o assalariamento, como plataforma para o reconhecimento de direitos, já se mostrara opressor e desrealizador, que dizer dos novos aspectos da precariedade laboral no “capitalismo flexível”, notadamente de incerteza, insegurança, efemeridade, falta de compromisso e impossibilidade de construir um projeto de vida a partir do trabalho.³⁴ Os que trabalham parecem avançar cada vez mais os limites da exaustão enquanto para um número cada vez maior de pessoas a possibilidade de um qualquer trabalho se distancia.

Parece, pois, que a trilha desse direito, que tanto freqüentou as perspectivas libertárias na modernidade, conduziu a um beco sem saída que já

³³ GORZ, André. **Misérias do presente, riqueza do possível**. São Paulo, Annablume, 2004, p. 9 e 111. Considera-se ser criticável a suposição desse autor de que o capital está a libertar-se do trabalho para produzir valor. Diferentemente, porém, do utopismo panfletário dos “inimigos do trabalho”, Gorz ressalta a necessidade de mudar “o trabalho” em sentido reducionista, “liberando-o do conjunto das obrigações reificantes (...) que refletem sua subordinação ao capital e que, até aqui, determinaram a essência do que se chama correntemente ‘o trabalho’”. Mudá-lo, graças à apropriação da qual será objeto desde a infância, quando puder ser vivido não mais como uma penitência, mas como uma atividade imersa no tempo da vida, uma via em direção ao aperfeiçoamento dos sentidos, em direção ao poder de si e das coisas, o laço com os outros”. Ibidem, p. 111. Por fim, centra suas propostas em políticas de garantia de renda mínima independentemente do trabalho, com o repartimento do trabalho existente e o favorecimento de novos modos de cooperação, de modo que direito ao trabalho e direito ao não trabalho possam ser tratados com igual importância. Ibidem, p. 93 e 109. Na perspectiva do presente estudo, porém, entende-se que o direito humano e fundamental ao trabalho não é substituível por (ou redutível a) prestações do estado ou simulacros de atividades úteis que mantêm cerceadas as capacidades humanas de reproduzir-se e desenvolver-se com autonomia. O tema será retomado ao final.

³⁴ BAUMAN, Zygmunt. **La sociedad individualizada**, p. 27-41. SENNET, Richard. **A corrosão do caráter: consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo**. 8ª ed., Rio de Janeiro, Record, 2004.

não serve à luta pela dignidade humana. Qual o sentido de postular, no contexto histórico presente, um direito cuja realização seria, em última instância, a negação da subjetividade trabalhadora ?

1.2. Uma estratégia argumentativa: o direito ao trabalho entre trabalho vivo e trabalho objetivado

1.2.1. Rompendo o par dialético

Com efeito, sustentar o direito ao trabalho tendo como seu conteúdo e horizonte de possibilidade apenas o trabalho típico da sociedade burguesa é encerrar-se na contradição do capital, que generaliza a compulsão pela venda da força de trabalho, ao mesmo tempo em que mitiga as possibilidades de satisfação das necessidades relacionadas ao trabalho e de reconhecimento comunitário por meio do trabalho.

A despeito desse proclamado esgotamento do direito ao trabalho, propõe-se que, para se compreender criticamente o processo de subsunção tendencialmente integral do trabalho vivo,³⁵ com vistas a uma reconstrução

³⁵ Quiçá a total subsunção real da subjetividade humana pelo capital, em que consiste a utopia neoliberal, seja irrealizável. Avulta, porém, a crescente relevância da subsunção do trabalho vivo como trabalho imaterial – a intelectualidade de massa que engendra novas formas não assalariadas de produção de valor. Sintetizando Hardt e Negri, Alejandro MÉDICI afirma que, ao expandir-se, o capital subsume formalmente seus entornos não capitalistas. Já na fase da subsunção real da sociedade sob o capital, a totalização se realiza na supressão do limite entre um fora e um dentro. Mas aí se estabelece uma contradição aguda com o processo de capitalização expansiva, que “profundiza el proceso de comodificación de más y más aspectos de la vida, y la corrosividad social y ecológica del capitalismo aumenta exponencialmente.” La globalización como trama jerárquica, in SÁNCHEZ RUBIO, HERRERA FLORES e CARVALHO, **Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica**. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2004, p. 181. Para Antonio Negri e Michael Hardt, essa subsunção total da sociedade leva à concepção de uma sociedade fábrica: todas as relações sociais se submetem às normas especificamente capitalistas. Não há nada mais

propositiva da fundamentação do direito ao trabalho, é necessário pensar o conteúdo do direito ao trabalho para além do reducionismo moderno que levou esse direito a um beco sem saída. Um trabalho que, limitado à clausura a que foi levado pela modernidade capitalista, apenas nega o livre desenvolvimento da corporalidade do sujeito trabalhador e, quanto mais se realiza, como trabalho objetivado, mais desrealiza o sujeito trabalhador.³⁶

Essa clausura, que resulta em uma ausência de alternativas, apoia-se em um par conceitual – trabalho abstrato, objetivado, subsumido, de um lado e capital, de outro – que se complementa e que não nos permite visualizar qualquer exterioridade. É um tipo de armadilha conceitual muito freqüente e até mesmo estruturante do nosso pensamento. Séries complexas de dualismos ou pares opostos – tais como racional/irracional, ativo/passivo, formal/material, público/privado, estado/sociedade civil, razão/emoção, cultura/natureza, objetivo/subjetivo, abstrato/concreto, universal/particular, trabalho/ócio – pretendem monopolizar as únicas alternativas possíveis e impor uma determinada

“fora” do capital. NEGRI, Antonio e HARDT, Michael. **El trabajo de dionisios**. Madrid, Akal, 2003, p. 23. Nas palavras de César ALTAMIRA, hoje “cuando todos los aspectos de la vida son subsumidos por el capital, todas las formas de acción se vuelven inmediatamente significativas para la reproducción de la sociedad, es decir, se reconocen como socialmente productivas. (...) La explotación no sólo modifica su naturaleza, sino que también se modifica la política del capital: al mismo tiempo que se producen los instrumentos de control de la cooperación social se construyen los mecanismos de la explotación capitalista”. In NEGRI, Antonio, et alii, **Diálogo sobre la globalización, la multitud y la experiencia Argentina**. Buenos Aires, Paidós, 2003, p. 78. Na perspectiva desses autores, a tendência expansiva do capital já haveria praticamente alcançado seu termo ou, pelo menos, essa tendência é maximizada ao ponto de que não haveria mais qualquer exterioridade relevante do trabalho vivo em relação ao capital. Isso equivale a dizer que a utopia neoliberal teria se realizado. Por isso, não se estabelece uma diferença categorial entre o trabalho vivo (a subjetividade criadora) e a *general intellect* enquanto trabalho imaterial objetivado, já como uma mediação do capital. Ambos são tomados como realidades subsumidas ao capital. Aqui, porém, ao revés dos autores referidos, assume-se, com DUSSEL, a irredutibilidade do trabalho vivo, frente à tendência totalizante do capital. Trabalho vivo deve ser compreendido como categoria de exterioridade à totalidade do capital. Trabalho vivo deve ser compreendido como categoria de exterioridade à totalidade do capital. Bem assim, que a luta política no terreno vital da luta diária pela subsistência não é excludente da necessidade de reconstrução do espaço público estatal, ainda que reconhecida sua insuficiência.

³⁶ MARX, Karl. Primeiro manuscrito, in **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo, Martin Claret, p. 110-122.

visão do mundo. Esses dualismos não só dividem o mundo entre dois termos opostos, como também encarnam uma hierarquia de valores de modo tal que um pólo é sempre considerado prioritário em relação ao outro, podendo inverter-se a polaridade de acordo com cada momento histórico ou setor da vida social.³⁷

Mas a grande armadilha está em que a luta permanente entre esses pólos antagônicos apenas reafirma uma determinada seleção da realidade – uma certa estrutura de relações sociais, uma certa epistemologia, uma certa cultura. A mera inversão da polaridade assegura a reprodução da própria relação antagônica e obscurece a possibilidade de alternativas, a possibilidade de afirmação de uma diferença.

A percepção do fenômeno do trabalho como direito a partir de um par conceitual em que os dois termos são opostos e interdependentes, ambos expressão de uma mesma totalidade, sendo um deles visto como dominante em relação ao outro – algo tipicamente moderno – leva-nos a pretender simplesmente inverter a dicotomia, preservando a relação de dominação que ela oculta. Nos discursos a que já nos acostumamos, capital e trabalho abstrato, objetivado, subsumido, são tratados como expressões contrapostas de uma mesma totalidade. Nas palavras de Marx: “Capital e trabalho assalariado (assim denominamos o trabalho do operário que vende a sua própria capacidade de trabalho) não exprimem mais do que dois fatores da mesma relação.”³⁸ Capital é

³⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa, El Estado y el derecho en la transición posmoderna, In COURTIS, Christian (comp.) **Desde outra mirada: textos de teoria crítica del derecho**. Buenos Aires, Eudeba, 2001, p. 273-303. Para Frances OLSEN, esses dualismos estão sexualizados, de modo tal que o termo superior é sempre identificado com o masculino, assim como o direito se identifica com o lado “masculino” dos dualismos. **El sexo del derecho**. In COURTIS, **Desde outra mirada**, p. 305-324

³⁸ MARX, Karl. **Capítulo VI inédito de O Capital: resultados do processo de produção imediata**. 2ª ed., São Paulo, Centauro, 2004, p. 72.

trabalho abstrato acumulado e este só é tomado enquanto uma mediação para o capital, sendo o capital a condição de possibilidade do trabalho reproduzir-se enquanto força de trabalho. Nesse par conceitual, ambos os termos estão mutuamente contrapostos, mas inexoravelmente integrados em uma mesma totalidade. Por isso, inverter a hierarquia entre os dois termos, afirmando a hierarquia do “trabalho” – abstrato, objetivado – sobre o capital, apenas nos levaria a reafirmar essa mesma relação opressora.

Para romper essa clausura negadora do trabalho humano, assim, não basta negar a opressão sofrida sob o capital. É preciso ser capaz de afirmar, desde o ponto de vista das pessoas que vivem do trabalho, a sua própria diferença frente ao capital, desenvolvendo suas possibilidades e capacidades de relacionar-se com o trabalho para além da específica relação que lhe impõe o capital. Ou seja, da mesma forma que ao escravo pouco vale apenas negar ao senhor, com o que está a reafirmar a relação opressora, da qual somente se liberta afirmando a si mesmo, em sua diferença, para além da relação de dominação, assim também, antes de tudo, para aqueles que vivem do trabalho sob o capital, é necessário resgatar e afirmar o trabalho para além da relação que o subsume, muito mais que simplesmente negar o capitalista com o qual se enfrenta.³⁹

É necessário, portanto, promover-se um deslocamento de ponto de vista. Sair do centro dessa totalidade discursiva do trabalho inexoravelmente

³⁹ Ver, nesse sentido, a afirmação da perspectiva crítica dos direitos humanos como superação da mera negatividade dialética, a partir da afirmação de uma diferença positiva, em HERRERA FLORES, **Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstrato**. Madrid, Cataratas, 2005, p. 43-49.

reduzido ao trabalho sob o capital, para um ponto de exterioridade desse marco temporal, espacial, epistemológico e axiológico, no interior do qual se reproduz o discurso da conservação do sistema. Um sistema que, desde este lugar-Outro, é percebido como produtor de negatividade e cerceio à produção, reprodução e desenvolvimento da vida dos sujeitos concretos em comunidade.⁴⁰ Contudo – e aqui reside a chave da questão –, é também um sistema que não consegue subsumir integralmente o trabalho vivo, a subjetividade humana criadora de valor, como seu entorno. Há sempre um resto irreduzível no qual o trabalho se apresenta como mediação para o sujeito, a partir do qual se podem identificar espaços de luta pela afirmação do trabalho desde uma outra perspectiva, inclusive no interior das relações capitalistas. Nas práticas sociais, junto ao trabalho assalariado ou outras formas de trabalho capazes de serem subsumidas sob o processo do capital, coexistem sempre momentos em que o trabalho é também autovalorização do sujeito e que cabe potencializar.

Desde esse lugar exterior à totalidade do capital, que não é um ponto arquimediano ideal, fora do mundo, desde o qual se possa mudar sua órbita, ou o recurso essencialista a um trabalho desconectado de quaisquer relações sociais concretas, mas sim um lugar prático situado a partir da concretude dos sujeitos humanos e suas tramas sociais, torna-se possível posicionar-se ética e criticamente frente a essa totalidade, não só negativamente, mas com a afirmação de uma outra perspectiva. Uma perspectiva na qual se

⁴⁰ DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão**. Petrópolis, Vozes, 2000, p. 93-168.

passam a vislumbrar possibilidades de apropriação do trabalho como mediação para os sujeitos que dele vivem.

Esse movimento de afirmação do trabalho com anterioridade ao capital aponta para a necessidade de um critério crítico de avaliação das relações de trabalho. Um critério que é categorialmente anterior à forma social capitalista, entendida “forma social” como um específico sistema de instituições e mediações para a vida. É a vida humana, como suas necessidades de produção, reprodução e desenvolvimento, que permite o discernimento crítico frente às instituições humanas, incluindo-se o capital. Desde esse critério, pode-se avaliá-lo criticamente, a fim de reconectar o trabalho a uma racionalidade econômico-ecológica a serviço das necessidades humanas, uma “economia da vida”, no sentido que nos propõem Hinkelammert e Mora⁴¹. Mas não só para negar essa relação. Sobretudo, para resgatar as lutas pelo trabalho como direito com um caráter emancipador, para além do reducionismo em que se esvaiu. Trata-se, então, de dar um segundo passo, transitando de um critério de discernimento das relações de trabalho em termos de realização das necessidades da vida para

⁴¹ HINKELAMMERT e MORA JIMÉNEZ, **Hacia una economía para la vida**, p. 24: “Una Economía para la Vida se ocupa de las condiciones materiales (biofísicas y sócio-institucionales) que hacen posible y sostenible la vida a partir de la satisfacción de las necesidades y el goce de todos, y por tanto, del acceso a los valores de uso que hacen posible esta satisfacción y este goce; que hacen posible una vida plena para todos y todas.” Para esses autores, p. 353-392, a economia mercantil capitalista transforma todo o tempo de vida em (reduz a) tempo de trabalho e todo o “trabalho humano em geral” é transformado em (reduzido a) trabalho abstrato, homogeneizado e inteiramente desconectado dos valores de uso e, portanto, do tempo de vida e do tempo de reprodução que não seja tempo de trabalho, nesse sentido restrito. Ao final, p. 421, propõem uma recuperação do Estado de Direito a partir dos direitos humanos, fixando quatro direitos concretos essenciais à vida, sendo que “la base de todos los derechos concretos a la vida es um derecho al trabajo digno y seguro” a partir do qual se derivam os demais direitos, de satisfação das necessidades humanas básicas, de participação democrática e de conservação e sustentabilidade ambiental.

princípios normativos de atuação que se coadunem com a realização desse critério.⁴²

No que se refere especificamente ao nosso tema, a categoria teórica que aponta para essa dimensão de irredutibilidade do trabalho ao capital, na interpretação de Enrique Dussel, aqui acolhida, consiste no **trabalho vivo**.⁴³ No que diz respeito ao discurso jurídico, esse resgate se viabiliza pela recuperação da tensão entre trabalho vivo e trabalho objetivado, estabelecida no interior do direito ao trabalho. Essa compreensão permite falar-se, em alguma medida, de um genuíno direito ao trabalho também no seio das relações de trabalho subsumidas ao capital. É o que se aborda a seguir.

1.2.2. A interpretação dusseliana de Marx

Prosseguindo-se a trilha já indicada por David Sánchez Rubio⁴⁴, propõe-se reconstruir o trabalho, a que se refere esse direito fundamental, tendo como referência a categoria marxiana “trabalho vivo” (*leben arbeit*). Conforme a interpretação de Enrique Dussel, a descoberta fundamental de Marx, chave para a compreensão da mais-valia e que, mais que a categoria de totalidade – como

⁴² Sobre a passagem dialética de um critério de vida humana para um princípio ético material universal de produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana, ver DUSSEL, **Ética da libertação, capítulo 1**. Idem, **Hacia una filosofía política crítica**, p. 88-126.

⁴³ Vale observar que o trabalho vivo não é a única instância a partir da qual se pode confrontar o capital, mas é aquela que melhor permite articular conceitual e praticamente esse enfrentamento no que diz respeito ao objeto da tese.

⁴⁴ Desenvolve-se, neste ponto, essencialmente, a perspectiva aberta, pelo jusfilósofo espanhol David Sánchez Rubio, a partir da interpretação das obras de Franz Hinkelammert e Enrique Dussel. SÁNCHEZ RUBIO, David. **Filosofia, direito e libertação na América Latina**. Bilbao, Desclée de Brouwer, 1999. Idem, Direitos humanos, ética da vida humana e trabalho vivo, In WOLKMER, Antonio Carlos (org). **Direitos humanos e filosofia jurídica na América Latina**. Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2004, p. 139-177.

pensou Lukács –, dimensiona todo o seu pensamento, está na distinção entre trabalho vivo e trabalho objetivado.⁴⁵ Para compreender-se a criação de valor, é preciso compreender a não identidade entre trabalho vivo (trabalho como não-capital) e trabalho objetivado (trabalho como capital). Veja-se a principal passagem dos Grundrisse, para a interpretação dusseliana:

El trabajo, puesto como no-capital en cuanto tal, es: 1) Trabajo no-objetivado, concebido negativamente... el trabajo vivo, existente como abstracción de estos aspectos de su realidad real; este despojamiento total, esta desnudez de toda objetividad, esta existencia puramente subjetiva del trabajo. El trabajo como pobreza absoluta: la pobreza no como acrencia, sino como exclusión plena de la riqueza objetiva... una objetividad que coincide con su inmediata corporalidad... 2) Trabajo no-objetivado: no-valor, concebido positivamente... como actividad... como la fuente viva del valor... No es en absoluto una contradicción afirmar, pues, que el trabajo por un lado es la pobreza absoluta como objeto, y por otro es la posibilidad universal de la riqueza como sujeto y como actividad; o más bien, que ambos términos de esta contradicción se condicionan mutuamente y derivan de la esencia del trabajo, ya que éste, como ente absolutamente contradictorio con respecto al capital, es un presupuesto del capital y, por otra parte, presupone a su vez al capital”.⁴⁶

Dussel distingue dois conceitos de “exterioridade”. Uma relação de exterioridade em sentido meramente ôntico, ou seja, uma relação de contradição que se estabelece no interior da totalidade ontológica do capital, e uma relação de exterioridade “mais além” da ontológica ou ainda “meta-física”, haurida da filosofia

⁴⁵ DUSSEL, **Hacia um Marx desconocido: un comentario de los manuscritos del 61-63**. México, D.F., Siglo XXI/Iztapalapa, 1988, p. 271.

⁴⁶ Marx, *apud*, DUSSEL, **La producción teórica de Marx: un comentario a los Grundrisse**, México, D.F., Siglo XXI, 1985, p. 138-139 e 336.

de Emmanuel Lévinas.⁴⁷ É esse segundo conceito que considera que Marx, sob influência da filosofia de Schelling, também abrigou e com o que pretende afirmar uma relação de alteridade absoluta – que aqui se toma no sentido de irredutibilidade – entre trabalho vivo e capital.⁴⁸

No primeiro caso, trabalho é já subsumido pelo capital, ou seja, é capital enquanto trabalho objetivado. Sua existência é a existência do capital, dela dependendo inteiramente. No segundo caso, a subjetividade corporal do trabalhador, ainda não subsumida pela totalidade do capital, é o outro absoluto do capital. Ou seja, enquanto trabalho vivo, sua existência de nenhuma forma é uma determinação do capital. Reside aí a distinção conceitual entre trabalho vivo e trabalho objetivado, subsumido, alienado.

¿Puede decirse que el '*trabajo vivo*', como realidad y categoría, es lo mismo que el '*trabajo asalariado*' o el trabajo ya subsumido dentro de la totalidad del capital? En cuanto subsumido, es una determinación *interna* del capital, y por ello fundada en la *totalidad* del capital. Pero

⁴⁷ “Es necesario observar que el término "exterioridad" propone una metáfora espacial, que indica semánticamente la trascendencia del sujeto, aquello que no es meramente estructural ni está "fundado" como momento interno de un "sistema" (un sistema en el sentido de N. Luhmann), de una "totalidad" (a lo Hegel, Lukács o Heidegger, y tal como la describe críticamente Emmanuel Levinas). Intentar explicar lo que significa "exterioridad" presupone señalar, en primer lugar, *a*) lo "sistémico" y su "fundamento". Tomando un ejemplo de Wittgenstein, el juego de ajedrez (lo empírico, lo sistémico) se "funda" en sus reglas. En este caso las reglas son el "fundamento" (*Grund*), el "ser" (*Sein*) y lo "ontológico"; todo lo que se refieren a la "totalidad". Mientras, que, en segundo lugar, *b*) lo que trasciende lo "sistémico" será denominado "el Otro" (*Autrui*, por Levinas), lo que no se agota en el "sistema", en la "totalidad". Corresponde al sujeto, a la viviente corporalidad humana (*Leiblichkeit* para Marx, desde los *Manuscritos del 44* hasta la última redacción de *El capital*). Por la "subsunción" (la *subsumtion* en etimología latina corresponde a la *Aufhebung* en etimología germana) el sujeto corporal viviente es constituido como momento de un sistema; es incluido en una estructura dentro de la cual juega una función (una *determinación*). De esta manera el "trabajo vivo", subjetividad siempre trascendental en último término a toda posible función sistémica (por ejemplo, ser "trabajo asalariado" en el capital como sistema), guardará siempre *antes, en y después* de la subsunción en el sistema una cierta "exterioridad" que habrá que saber definir.” Idem, **El trabajo vivo como fuente creadora del plusvalor** (Dialogando com Christopher Arthur), In Herramienta: Revista de debate e crítica marxista, n. 27, 2004.

⁴⁸ Idem, **La producción teórica de Marx**, p. 337-339. Dussel fala, ainda, de uma exterioridade por anterioridade histórica e uma exterioridade *post festum*, por expulsão do trabalhador do processo produtivo como mediação para sua subsistência, agora na condição de *pauper*.

mientras *no-ha-sido-todavía* totalizada, el trabajo vivo es *realidad* (la realidad más absolutamente real para Marx, y la medida de toda desrealización *en* la totalidad del capital), es lo exterior.⁴⁹

Diante da totalidade do capital, “trabalho vivo” corresponde à dimensão de irredutibilidade da corporalidade criadora dos sujeitos humanos, que resiste à subsunção integral sob o capital. Esse lugar exterior é “el lugar de la realidad del otro, del no-Capital, del trabajador viviente en su corporalidad todavía no subsumida en el capital”.⁵⁰ “Trabalho vivo”, que é o ponto de partida radical - “meta-físico”, diz Dussel – de todo o pensamento de Marx, não só é atividade produtiva ou de humanização do mundo, mas ainda o próprio sujeito negado pela subsunção.

Esa *trascendentalidad del sujeto*, que no se agota en la funcionalidad histórica de ningún sistema, es la posibilidad de liberarse de esa función *determinada* sistémica; función que en el capitalismo es explotada sin conciencia del sujeto-trabajador. Esa "exterioridad" del trabajo vivo con respecto a la mera "fuerza de trabajo" (o su función alienada en el capital), esa exterioridad que en el proceso alienado del trabajo en el capital da la posibilidad de poder "poner" más valor que el recibido en el salario como plusvalor-ganancia, siendo la "fuente creadora", está sin embargo reprimida, explotada dentro del horizonte de la facticidad cerrada de la Totalidad alienante del capital.⁵¹

Assim, ao mesmo tempo que o trabalho vivo é exterior ao capital, ao ser subsumido sob o capital, embora siga guardando uma dimensão de irredutibilidade, sofre uma transformação categorial. Uma vez subsumido formalmente e, ainda mais, quando subsumido realmente, o trabalho agora é uma

⁴⁹ Idem, **Hacia un Marx desconocido**, p. 63-64.

⁵⁰ Idem, **Hacia un Marx desconocido**, p. 366.

⁵¹ Idem. **El trabajo vivo como fuente creadora del plusvalor**.

determinação interna do capital.⁵² A capacidade viva de trabalho agora é força de trabalho, é trabalho abstrato, alienado, trabalho objetivado já como um momento da produção de valor, uma mediação do capital. Em síntese, enquanto o trabalho objetivado é uma condição já posta pelo capital para produzir valor (é o capital que organiza os meios de produção e a aquisição da força de trabalho necessária), o trabalho vivo é a fonte criadora de todo valor.

Este sujeito, sempre subsumido como uma mediação para o capital e que – uma vez separado dos meios de produção – depende do capital para trabalhar, produzir e reproduzir-se, é também sempre pressuposto como irreduzível a uma mera mediação para o capital. Diz Dussel: “El trabajo humano es el único que posee una producción-creadora. La *creación* supone la *trascendencia* del sujeto humano como un siempre más allá de toda subsunción, incorporación, alineación funcional en un sistema.”⁵³

⁵² Na **subsunção formal** do trabalho sob o capital, ou seja, à forma que se funda na mais-valia, “o processo de trabalho, do ponto de vista tecnológico, efetua-se exatamente como antes [nos modos de produção anteriores], só que agora como processo de trabalho subordinado ao capital”. O que muda, na subordinação direta do trabalho sob o capital, é o método de coação para a venda da força de trabalho, que se baseia na concentração, nas mãos do comprador de trabalho, dos meios de produção e dos meios de subsistência, criando uma nova relação de hegemonia e subordinação, que aparece como mera relação monetária de compra e venda entre possuidores de mercadoria (força de trabalho e dinheiro). Comprando a força de trabalho, o capitalista a consome, vigia e dirige. A coação não decorre, assim, de alguma relação política ou vínculo de dominação pessoal – escravidão, servidão, vassalagem, patriarcado, etc. Quanto maior a concentração de meios de produção e de subsistência, maior a possibilidade de passar-se ao modo de produção capitalista propriamente dito, baseado na **subsunção real**. Sobre a base da subordinação direta do processo de trabalho ao capital baseada na mais-valia absoluta – a subsunção formal, que continua subsistindo –, desenvolve-se o modo capitalista de produção específico, baseado na mais-valia relativa. Graças ao trabalho em grande escala chega-se à aplicação da ciência e da maquinaria à produção imediata, que constitui a base para o desenvolvimento da relação social especificamente capitalista, que se dedicará à obtenção cada vez maior de produtividade do trabalho (gerando desemprego) e dos meios de produção (gerando impactos ecológicos), voltada à incessante valorização do capital. A subsunção real do trabalho no capital engendra uma massa de produção, de sobrepopulação e um grau crescente de produtividade que possibilitam realizar-se a tendência expansiva sobre outros espaços ainda baseados apenas na subsunção formal. MARX, **Capítulo VI inédito de O Capital**, p. 94-108.

⁵³ DUSSEL. **El trabajo vivo como fuente creadora del plusvalor**.

Nesse situar-se sempre mais além de toda subsunção reside o aspecto mais relevante da interpretação dusseliana para o interesse deste estudo. A subsunção do trabalho vivo pelo capital nunca é absoluta, por mais que se avance em direção à subsunção real do trabalho material e imaterial. Um trabalho vivo inteiramente subsumido seria algo como um animal adestrado em um circo ou seres humanos totalmente produzidos pela indústria. Por outro lado, tampouco há na realidade uma exterioridade absoluta, o que seria, hoje, a situação de um sujeito sem qualquer contato com o capital.⁵⁴ A subsunção é sempre presente, mas nunca é absoluta.

Considerando-se sua exterioridade frente à totalidade do capital, trabalho vivo é irredutibilidade e também afirmação de liberdade. Ou seja, não se trata apenas de irredutibilidade passiva, mas de uma força ativa. Lê-se, no texto dos Grundrisse acima transcrito, que Marx ressalta no trabalho vivo uma dimensão negativa, como não-capital, não-valor (não-valor como não-mediação para o capital, como mais além do ser do capital) e uma dimensão positiva em que não-valor, não-ser, é, porém, atividade e fonte viva de todo valor.⁵⁵ Não se trata, pois, de uma concepção de subjetividade passiva ou mera potência, mas atividade capaz de criar o valor desde o não-ser – não-objetividade, não-capital – absoluto. “Trabalho vivo” é a própria materialidade viva (no sentido do termo alemão *Material*, como conteúdo e não como *materiell*, mera materialidade física⁵⁶), que

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ Dussel ressalta a distinção, em Marx, entre fundamento e fonte: “El ‘trabajo vivo’ no es el fundamento del capital (que es ‘el valor que se valoriza’). Marx establece una diferencia entre ‘fundamento (Grund)’ y ‘fuente (Quelle)’”, semelhante a la crítica de Schelling contra Hegel”. Idem. **Hacia una filosofía política crítica**. Bilbao, Desclée de Brouwer, 2001, p. 271.

⁵⁶ Idem, **Ética da libertação**, p. 635-636.

se põe como categoria de exterioridade a todo processo de subsunção pelo capital.

Sendo o capital o valor que se valoriza, trabalho vivo é fonte de todo valor. Mas o trabalho vivo, como fonte de valor, não tem, ele, qualquer valor, é um “não-valor”. O trabalho vivo é a subjetividade sem valor, no sentido de que valor implica o considerar de uma mediação para o capital, como já subsumido na forma de força de trabalho. Por isso o trabalho vivo tem **dignidade**, o que indica essa **irreducibilidade** frente a todo processo de subsunção, esse estar sempre mais além dessa totalidade que a subsume.⁵⁷ Trata-se, portanto, de uma exterioridade irreduzível à completa objetivação no capital, direito de resistência, que também se exerce ainda *in festum*, a passo com o ato de subsunção.

Dussel ressalta, ainda, que é somente a partir da afirmação da positividade do trabalho vivo, exterior à totalidade do capital, mais que mera negatividade, que se faz possível negar o capital que, antes, nega o trabalho. Aquela segunda negação, do capital pelo trabalho, uma negação da totalidade enquanto tal e não uma mera negação interna, inerente ao próprio desenvolvimento dialético da totalidade, só é possível conceitual e praticamente desde o reconhecimento de uma sempre irreduzível exterioridade do trabalho vivo frente ao capital. Portanto, desde a diferenciação entre o trabalho vivo e sua forma historicamente determinada de trabalho assalariado, diferenciação esta que permanece inclusive nos momentos concretos de assalariamento. É essa afirmação forte que permite pensar e atuar para além da economia política

⁵⁷ Idem, **Ética da Libertação**, p. 316-329. Idem, **El último Marx (1863-1882) y la liberación latinoamericana**, p. 328-331, 351, 355-384, 429-449. Idem, **La producción teórica de Marx**, p. 71-76 e 138-147.

clássica, a qual se limitava a ver o trabalho como elemento integrante do ser do capital, ocultando a mais-valia como apropriação do trabalho vivo. “La alteridad no reconocida, la exterioridad es la condición de la práctica de la crítica a la totalidad del capital.”⁵⁸

Desde a irredutibilidade do trabalho vivo abre-se a perspectiva de apontar para a viabilidade de refazer-se a trilha de fundamentação do direito ao trabalho de modo não enclausurado na parelha conceitual capital-trabalho objetivado, abstrato. Como ressalta Norman Solórzano, a totalização do capital produz uma tal desconexão dos valores com a materialidade da vida humana, que já não há, aí, qualquer possibilidade de uma crítica imanente, que se apoie nas potencialidades não desenvolvidas em uma ordem existente. Trata-se de uma ordem destrutiva de suas próprias fontes de valor, a natureza e os seres humanos, nela inclusos. Por isso é uma ordem coerente, cujos resultados se coadunam com seus princípios: uma ordem para a morte. Diante dela, sua destrutividade somente pode ser confrontada antepondo-lhe um princípio diferente, que afirma a vida humana dos sujeitos corpóreos, reais e necessitados.⁵⁹ Na relação frente ao capital, é o trabalho vivo que se trata de afirmar. Não se trata, porém, de um conceito salvador, que cai de paraquedas na realidade. Trata-se de resgatar a tensão que se estabelece entre trabalho vivo e capital no interior da ordem capitalista.

⁵⁸ Idem. **Hacia un Marx desconocido**, p. 365-366.

⁵⁹ SOLÓRZANO ALFARO. Norman J. **Crítica de la imaginación jurídica: una mirada desde la epistemología y la historia al derecho moderno y su ciencia**. San Luís de Potosí, UASLP, 2007, p. 172-173.

A interpretação dusseliana das categorias de Marx demarca a estratégia conceitual aqui adotada. Postula-se que se ainda há alguma razão para reivindicar-se o direito ao trabalho para além do mero direito à subsistência sob o capital – a se reproduzir como força de trabalho, como mediação para o capital –, esta razão está no fato de que o trabalho não se reduz inteiramente ao trabalho subsumido pelo capital, ao trabalho abstrato no processo de produção e valorização do valor. O trabalho vivo, como força ontológica – trans-ontológica, diria Dussel –, como autorrealização dos sujeitos, estabelece, frente ao capital, frente ao trabalho objetivado, morto, relações que são tanto de subsunção, quanto de resistência, quanto de afirmação dessa dimensão de exterioridade. A partir da afirmação da alteridade negativa e positiva do trabalho vivo frente ao capital, distinto de sua forma histórica específica de trabalho objetivado, que o nega, é possível proceder à negação dessa negação, revertendo a negatividade do trabalho produzida sob o capital.⁶⁰ Sublinha-se: trata-se de uma positividade que não é uma essência a-histórica, mas que é irreduzível a essa forma histórica específica que a nega. Ou seja, trata-se de perceber o trabalho na fronteira entre a subsunção e a exterioridade, como subsumido-irreduzível.

Assim, em vez de conceitualizar-se o trabalho, diferenciando-o do que não é trabalho, o que implicaria em situá-lo inteiramente em uma determinada forma social⁶¹, propõe-se experimentar-se essa abertura de sentido que oferece a percepção de sua irreduzibilidade frente à subsunção em toda forma social. Essa abertura indica uma limitada, mas ineliminável, possibilidade de reapropriação da

⁶⁰ DUSSEL, *El último Marx (1863-1882) y la liberación latinoamericana*, p. 369.

⁶¹ DE LA GARZA TOLEDO, Enrique. *Problemas clásicos y actuales de la crisis del trabajo*, p. 14..

experiência com o trabalho pelos sujeitos imersos nas tramas sociais de poder próprias às formas de trabalho assalariado e não assalariado presentes na sociedade contemporânea, assim como propicia a interpelação crítica da forma social capitalista.

Sendo a subsunção do trabalho vivo inerente à sociedade capitalista, que significa, então, vindicar, desde o seu interior, o direito ao trabalho?

1.3. O sentido emancipador do direito ao trabalho

Se há factibilidade em afirmar-se um direito humano ao trabalho, um direito fundamental ao trabalho, este direito não pode significar o direito à negação do próprio sujeito desse direito, tal como sucede na subsunção do trabalho vivo pela maquinaria da modernidade capitalista, no sentido de uma mera confirmação desse estado de coisas. Um direito não a um bem, a uma mediação para os sujeitos necessitados, mas à sua negação.

Todas as perspectivas negadoras do direito ao trabalho, seja como uma “maldição” humana ou como reafirmação ideológica do capital – no campo à esquerda – seja como um direito condicionado pelas “leis do mercado” – no campo à direita – restringem o horizonte do trabalho a um desde-já-sempre subsumido pelo capital, em que só se encontra o trabalho como mediação para o capital. Com isso, apenas reafirmam a assimilação, pelo trabalho abstrato que interessa ao capital, das potencialidades concretas do trabalho como direito. A hipótese que aqui se assume é de que esse mesmo reducionismo da noção de

trabalho – associado ao conformismo zeloso com a sociedade atual – é que impede explorar as potencialidades jurídicas da afirmação do direito ao trabalho. Por outro lado, como se salientou, relegar o direito ao trabalho à eliminação do outro pólo da tensão, quando enfim o trabalho pudesse ser a realização do reino da liberdade, seria inútil. No paraíso, os direitos são de pouca valia.

Propõe-se, pois, buscar na **complexidade das relações entre trabalho vivo e trabalho objetivado**, que constituem o processo de negação do trabalho vivo sob o capital, mas que não eliminam a dimensão de afirmação da subjetividade criadora, como realidade exterior ao capital, o espaço de reivindicação de um direito ao trabalho. E essa complexidade e esse direito podem ser escrutinados tanto para além das relações de trabalho assalariado, como no interior dessas mesmas relações. Como se disse, trata-se de um situar-se na fronteira da nossa forma social. Não se trata, porém, propriamente, de dizer que há um “direito ao trabalho vivo”, pois não se tem direito a si mesmo, mas têm-se direitos já desde a própria corporalidade vivente. De modo mais preciso, trata-se de recuperar, na locução direito ao trabalho e na multiplicidade de sentidos dessa categoria, central para o discurso dos direitos e para as expectativas sociais, a tensão que se estabelece entre o trabalho vivo e o sistema que o subsume. Reabilitar essa força que contra-arresta a negação do sujeito trabalhador como mera mediação para o capital e repõe a perspectiva de construir o trabalho como mediação para o próprio sujeito corporal. Não se trata de uma força absoluta que elimina as determinações do capital. Mas é uma força que permite contrapor-se a essas determinações e explorar, mesmo no interior da sociedade capitalista, as possibilidades emancipadoras do trabalho como direito.

Uma primeira indicação vem com a percepção de uma tradição discursiva que afirma o trabalho como primeira mediação humana.

1.3.1. A ambiguidade dos valores positivo e negativo do trabalho

Embora se apoie em dados verdadeiros, o discurso que reconstrói a trilha histórica daquilo que hoje se denomina trabalho, para ver aí uma constante relação de valorização negativa da atividade produtiva humana – o trabalho como pena, como sacrifício – e que somente teria sido invertida a partir da ética moderna do trabalho, que “valorizou” o trabalho a serviço da construção das relações sociais capitalistas, produz um relato apenas parcial. Esse relato, tão difundido, padece de eurocentrismo e não considera outras experiências históricas em que tempo de trabalho e tempo de vida não foram duas grandezas apartadas.

Vale ter em conta a advertência de François Vatin, para quem, se a modernidade ocidental construiu um conceito próprio e uma realidade social do trabalho, isso “não impede que este vocábulo abranja toda uma série de práticas materiais, de ações técnicas de verbalizações que as organizam e das quais o homem ocidental não possui de forma alguma o monopólio.”⁶²

Desde esse ponto de vista, parece revelador perceberem-se as pistas de outras tradições discursivas sobre o trabalho que expressam sua afirmação como mediação primeira para a realização individual e coletiva das capacidades humanas e satisfação das necessidades da corporalidade. Sem

⁶² VATIN, François. **Epistemologia e sociologia do trabalho**. Lisboa, Instituto Piaget, 1999, p. 16.

pretender-se fazer uma história das palavras relacionadas ao trabalho, o que se quer apenas é chamar a atenção para o caráter seletivo daquele relato clássico.

Tal relato, desde logo, não faz jus à própria complexidade da tradição ocidental.⁶³ A civilização grega via no trabalho – quer dizer, em diversas realidades que reunimos sob o mesmo termo “trabalho” – tanto expressão de vida quanto degradação, o que resta assentado nas palavras *érgon* e *pónos*. Além das inegáveis manifestações de repúdio ao trabalho, sobretudo o manual, também seria interessante lembrar, por exemplo, a ode ao trabalho escrita por Hesíodo, “Os trabalhos e os dias”, em que designa o trabalho “o primeiro dos bens”. Ainda, a defesa do trabalho agrícola feita por Xenofonte em sua “Econômica”, ou a defesa do trabalho feita por Ésquilo em “Prometeu acorrentado”. A mesma ambigüidade se encontra na tradição católica, muito antes da reforma luterana que promoveu o elogio ao trabalho como vocação e da doutrina social da igreja do século XIX. A despeito da identificação entre a expulsão do paraíso e a condenação ao trabalho, a tradição católica também traz, em Santo Agostinho, diversas manifestações elogiosas ao trabalho, o qual também teria tido lugar antes da queda. Agostinho, inclusive, em *De opere monachorum*, utiliza a referência ao trabalho manual do apóstolo Paulo, para sustentar que “O apóstolo não teria desdenhado fazer algum trabalho do campo, nem se aplicar ao labor dos

⁶³ ANTUNES, Ricardo. **O caracol e sua concha: ensaios sobre a nova morfologia do trabalho**. São Paulo, Boitempo, 2005, p. 11. MIGEOTTE, Léopold: Os filósofos gregos e o trabalho na antigüidade, in MERCURE, Daniel e SPURK, Jan (org.). **O trabalho na história do pensamento ocidental**. Petrópolis, Vozes, 2005, p. 17-25. GRIMALDI, Nicolas. **El trabajo: comunión y excomunicación**. Navarra, Euns, 2000, p. 32-36. Este último autor, referindo a experiência grega, afirma, ob. cit., p. 32, que: “Lejos de ser considerado como indigno del hombre, el trabajo manual fue considerado en un primer tiempo como divino.”

operários.”⁶⁴ São Tomás de Aquino igualmente considerou o trabalho como “ato moral digno de honra e respeito”.⁶⁵ Em suma, o que se quer ressaltar é que não há como separar a história do trabalho das oscilações entre momentos de exaltação valorativa e momentos de sua recusa.

1.3.2. O trabalho como liberdade

Evidentemente essas escassas referências não constituem nenhuma prova sobre a “essência” do trabalho. Apenas servem para o distanciar-se de uma tradição filosófica crítica do trabalho que, ao preço de reduzi-lo ao esforço e à sua alienação sob o capital, condenam qualquer valorização do trabalho como ideologia funcional à reprodução capitalista. O próprio Marx, que tinha claro que, diante das condições de trabalho assalariado, desrealizador, “o não-trabalho surge como a liberdade e a felicidade”, critica a Adam Smith, nos Manuscritos de 1857-1858, por não perceber, a par desse sofrimento, a dimensão de liberdade do trabalho:

Tu trabalharás com o suor do teu rosto! É a maldição que Juevá lançou sobre Adão ao expulsá-lo. E é assim que Adam Smith concebe o trabalho como uma maldição. O “repouso” surge deste modo como o estado adequado, sinónimo de “liberdade” e de “felicidade”. O facto de o indivíduo “no seu estado normal de saúde, de força, de actividade e de habilidade” poder sentir mesmo assim a necessidade de efectuar uma parte normal de trabalho e de suspensão do seu repouso parece interessar pouco a Adam Smith. É um facto que a medida do trabalho

⁶⁴ SALAMITO, Jean-Marie. Trabalho e trabalhadores na obra de Santo Agostinho, in MERCURE e SPURK, ob. cit., p. 37-62

⁶⁵ ANTUNES, ob. cit., p. 11.

parece ser ela própria dada do exterior, através do objetivo a atingir e dos obstáculos que o trabalho tem de superar para aí chegar. Mas Adam Smith parece também não ter a idéia de que a superação de obstáculos possa ser em si mesma uma actividade de liberdade (...), ser por conseguinte, a auto-realização, a objectivação do sujeito e, através dela, a liberdade real cuja acção é precisamente o trabalho.⁶⁶

Assim, paralelamente à tradição discursiva que vê no trabalho mera instrumentalidade necessária, sacrifício inevitável para obter os meios de subsistência, ou seja, esforço que se destina à obtenção de algo que lhe é exterior, tradição esta que vai se alojar no beco sem saída da redução do trabalho na modernidade capitalista, à margem, portanto dessa tradição, corre uma outra tradição discursiva que guarda a memória dessa positividade da afirmação do trabalho negado pela modernidade capitalista. Nessa outra perspectiva, o ser humano não se desconecta da produção das condições de vida. O trabalho humano é visto enquanto atividade intencional de transformação do real no curso da qual se dá a descoberta e o desenvolvimento das potencialidades humanas; intercâmbio orgânico com a natureza, pela qual o homem, produzindo valores de uso, também transforma-se a si mesmo, como sujeito, e à totalidade social, intersubjetivamente. Assim, o trabalho é o primeiro elemento que conforma a capacidade do ser humano para autorrealizar-se individual e comunitariamente.⁶⁷

O trabalho, portanto, se constitui como direito fundamental sem o qual não há dignidade humana. Por isso, pensado com um direito, o trabalho deixa de ser visto como um direito apenas instrumental, que, para o sujeito trabalhador,

⁶⁶ MARX, Karl, *apud* VATIN, ob. cit., p. 20.

⁶⁷ SÁNCHEZ RUBIO. David. **Filosofía, derecho y liberación en América Latina**, p. 282. HINKELAMMERT e MORA, **Hacia una economía para la vida**, p. 56 e ss.

poderia ser substituído por meras prestações securitárias, como se deu na sociedade tecnológica capitalista.⁶⁸

Segundo Enrique Dussel, historicamente,

*El lenguaje de los pueblos de las naciones dependientes se estructura a partir del derecho al trabajo, que ve al hombre como un ser productivo, creativo y digno. El derecho al pan y al techo, igualmente fundamentales, derivan del y son mediatizados por el derecho al trabajo digno. Sólo excepcional y supletoriamente se acepta la beneficencia; jamás como propuesta normal restringida a la mera subsistencia. Este lenguaje se refiere a los derechos fundamentales a la vida y no a la mera subsistencia o mera reproducción de la fuerza de trabajo, e incluye en esos derechos básicos todos aquellos que están implicados en el derecho fundamental a la vida humana: salud, educación, paz, seguridad.*⁶⁹

Esse “direito ao trabalho”, como direito preeminente em relação a outros direitos fundamentais à saúde, alimentação, habitação, somente pode ser o direito a um trabalho compreendido como dimensão humana mais ampla que aquela do trabalho no sentido reducionista a que foi levado pela modernidade. O trabalho como direito à reprodução e ao desenvolvimento autônomos da corporalidade vivente, o que significa muito mais que a sobrevivência física do corpo. “La vida humana incluye todos los atributos propios, y entre ellos su plenitud cultural o íntegra dignidad”, diz Dussel.⁷⁰

⁶⁸ Idem, *ibidem*.

⁶⁹ DUSSEL, **Filosofía de la producción**. Bogotá, Nueva América, 1984, p. 235-236. Em texto de duas décadas após, **Hacia una filosofía política crítica**, p. 96-97 e 271, esse autor vai esclarecer que não há propriamente um “derecho a la vida”. Há direito à sobrevivência ou à permanência em vida, mas “ter” um direito é algo já materialmente determinado pela condição de sujeito vivente que é anterior a qualquer direito.

⁷⁰ DUSSEL, **Hacia una filosofía política crítica**, p. 72.

Uma vida digna, antes de tudo, se obtém pelo ativar das capacidades humanas por meio do trabalho. No entanto, a modernidade capitalista desvaloriza esse direito.⁷¹ Mesmo nos moldes de um estado de bem estar, como diz Sánchez Rubio, a

lógica capitalista deslegitima la primacía de la dignidad humana que se obtiene mejor mediante el trabajo, y traslada el problema de la satisfacción de las necesidades básicas a un ámbito de concesiones generosas realizadas por el sistema, descentrando el problema a un marco donde la mera reproducción de la fuerza de trabajo es la protagonista, no su ejercicio.⁷²

Evidentemente que, se o trabalho é visto como mero esforço, fadiga, e se o objetivo da sociedade tecnológica é o de obter o maior rendimento, ou seja, o maior resultado com o menor esforço, o trabalho é apenas um “mal necessário”, a ser eliminado o quanto possível.⁷³ O trabalho não tem um valor próprio e é apenas um meio para um fim que lhe é alheio, como foi conceituado pelos economistas neoclássicos, nas palavras de Jevons: “qualquer esforço penoso de espírito ou de corpo que nos impomos, parcial ou totalmente, com vista a um prazer futuro”.⁷⁴ Sem entrar aqui na temática marxiana da contradição inerente ao capital, que tendencialmente elimina trabalho, ao passo que depende da apropriação do trabalho para produzir valor, o fato é que a lógica do rendimento máximo para obter-se a maior rentabilidade entra em franca contradição com o trabalho enquanto mediação humana essencial para a realização da

⁷¹ É surpreendentemente crítica, a este respeito, a encíclica *Laborens Exercens*, do Pontífice Católico João Paulo II, a qual, porém, com seu atraso de mais de cem anos, dá ao posicionamento histórico da Igreja um sentido performativo bastante distinto.

⁷² SÁNCHEZ RUBIO, *Filosofia, derecho y liberación en América Latina*, p. 277.

⁷³ VATIN, ob. cit., p. 17-18.

⁷⁴ JEVONS, William Stanley, *apud* VATIN, ob. cit., p. 51.

corporalidade.⁷⁵ É dessa contradição que surge a relevância do trabalho como um direito na sociedade capitalista.

Quando os textos normativos da Constituição ou de normas internacionais falam do direito ao trabalho ou do valor social do trabalho (CRFB, art. 1º, IV e 170), apontam criticamente para essa contradição, de modo que se intervenha, tensionando e contra-arrestando essa tendência e reafirmando, mesmo parcial e limitadamente, a dimensão de liberdade do trabalho. É claro que para isso o trabalho precisa tornar-se algo bastante diferente daquele que se observa no cotidiano. E o direito do Estado tem um potencial limitado para promover essa transformação. Mas se não for para intervir na realidade das relações de dominação e exclusão, de que serve a luta por direitos?

Diante disso, há de se ressaltar que o direito ao trabalho não é substituível por prestações de subsistência. Contra a chantagem cínica do “quem não trabalha não come, mas não há trabalho para todos”, podem resultar necessárias as propostas de desvincular-se o direito de uma renda mínima da capacidade ou não de trabalhar⁷⁶. Segundo dados recentemente divulgados pela FAO, a fome no mundo atingirá, em 2009, a um bilhão de pessoas. Contudo, tal garantia de subsistência não basta a satisfazer o direito ao trabalho como

⁷⁵ A ética puritana não é a única que faz o elogio do esforço. Freud ressalta a importância do trabalho para o desenvolvimento da corporalidade. Por meio do esforço pode fazer-se o sujeito, unindo o desejo à lei. Em Celestin Freinet, essa perspectiva assume toda uma pedagogia na qual o jogo é apenas um sucedâneo imperfeito do trabalho, entendido este como necessidade da essência da criança em seu desenvolvimento educacional. FREINET, Célestin, **A educação do trabalho**. São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 153-214. Numa outra perspectiva, Gilbert Simondon propunha reconduzir o trabalho à sua condição de atividade técnica e produtiva, para a qual o esforço corporal é indispensável. “Para reduzir a alienação, é necessário voltar a trazer para a unidade na actividade técnica o aspecto de trabalho, de esforço, de aplicação concreta que implica a utilização do corpo e a interacção dos funcionamentos: o trabalho deve tornar-se actividade técnica.”. Apud VATIN, ob. cit., p. 19.

⁷⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Trabajo, consumismo y nuevos pobres**. Barcelona, Editorial Gedisa, 2000, p. 145-151. Proposta semelhante se encontra em GORZ, **Misérias do presente, riqueza do possível**, p. 93 e ss.

dimensão fundamental de desenvolvimento da corporalidade, que seguirá sendo sonegado.

1.3.3. A institucionalização do direito ao trabalho

Em suma, a irredutibilidade do trabalho vivo indica a possibilidade de autovalorização e autorrealização dos sujeitos que trabalham, pelo trabalho, fazendo deste uma mediação sua, a par de se tratar de trabalho, contraditoriamente, subsumido como uma mediação do capital. O direito ao trabalho, institucionalmente considerado, constitui o conteúdo normativo que veicula, no interior do sistema jurídico, na forma de um direito fundamental, os comandos jurídicos que afirmam esse potencial do trabalho em termos de realização das necessidades e de reconhecimento, como se verá adiante. Contudo, como expressão da irredutibilidade do trabalho vivo, o direito ao trabalho, como direito humano que se funda na vida, entendida esta como modo de realidade do humano, expressa exigências que jamais se limitam a uma dada institucionalidade.

Neste ponto, há que se ressaltar algo absolutamente essencial para a compreensão da dinâmica dos direitos humanos: sua irredutibilidade a quaisquer instituições existentes. Não é nenhum demérito que o direito ao trabalho postule em excesso frente à realidade social presente. O fato de que se possam vindicar inúmeras medidas hoje factíveis – jurídica, econômica e socialmente falando – a partir do direito ao trabalho não apaga a evidência de que sua realização plena exige uma profunda transformação das relações sociais

existentes. É um direito que, ao mesmo tempo que pode impor exigências de aprimoramento de uma dada ordem institucional e para afastarem-se outros momentos dessa mesma institucionalidade que signifiquem a sua negação, é também um direito que, no horizonte que a vista alcança, será sempre um aguilhão crítico da ordem institucional como um todo. Explicita-se o argumento ressaltando-se o caráter falível de qualquer institucionalidade.

Toda ordem institucional realizada, necessariamente, produz vítimas, ou seja, aqueles que experimentam os efeitos negativos (previstos ou não) dessa ordem em termos de pobreza, fome, dor, marginalização, doença, opressão, dominação, desigualdade, privação, em suma, a negação dos aspectos fundamentais para a produção, reprodução e desenvolvimento da vida, entendida esta como modo de realidade dos sujeitos humanos necessitados.⁷⁷ Sempre haverá vítimas e isso é tomado como um imperativo inafastável.

Sua inevitabilidade deriva do fato de que é impossível empiricamente que uma norma, ato, instituição ou sistema de eticidade sejam perfeitos em sua vigência e conseqüências. (...) Para provar esse enunciado poderíamos recorrer ao argumento de Popper em *A Miséria do Historicismo*. Para que houvesse um tal sistema perfeito, seria necessária uma inteligência infinita, de velocidade infinita, para geri-lo. Como isto é impossível, haverá inevitavelmente 'vítimas', que são as que sofrem as imperfeições, erros, as exclusões, as dominações, as injustiças, etc., das instituições empíricas não perfeitas, finitas, dos sistemas existentes.⁷⁸

⁷⁷ DUSSEL, *Ética da libertação*, cit., p. 320 e ss. WANDELLI, *Despedida abusiva*, cit., p. 32-48.

⁷⁸ DUSSEL, *Ética da libertação*, p. 373.

Quando o capital faz do trabalho um meio para seu fim último que é a valorização contínua do valor, colocando o sujeito a serviço da ordem institucional e não a ordem institucional a serviço dos sujeitos – precisamente, invertendo a relação entre dignidade e mediação – colide frontalmente com o direito ao trabalho que essa ordem, em seu discurso jurídico produto das lutas frente a essa mesma ordem, pretende afirmar. Uma nova institucionalidade que pretenda emancipar o trabalho, por mais que leve a sério sua “pretensão de bondade”, também produzirá, por sua vez, trabalhadores vitimizados (não intencionalmente). Toda institucionalidade tende a um processo de perda de sua capacidade de realizar as exigências pelas quais surge originalmente (entropia) e a encerrar-se em si mesma, distanciando-se de seus referentes de legitimação (fetichização).⁷⁹ Quer dizer, toda ordem ou toda lei produz vítimas e estas se multiplicam quando é absolutizada, divinizada, desmesurada (*hybris*) de sua contingente falibilidade e instrumentalidade frente às necessidades da vida concreta.

O discernimento crítico frente às instituições, assim, nunca pode ter como referência exclusiva a correspondência a princípios *a priori* estabelecidos. Por melhores que sejam tais princípios, sempre haverá vítimas não intencionais. Por isso, é indispensável também o discernimento *a posteriori*, a partir da negatividade concretamente experimentada desde o ponto de vista das vítimas.

O sujeito surge no preciso momento em que exerce sua capacidade de discernimento frente à lei, quando esta significa a negação da vida.

⁷⁹ Idem, **20 Tesis de política**. México, D.F., 2006, p. 32-33.

Há, assim, que distinguir, com Hinkelammert, uma dimensão institucional do direito ao trabalho e dos direitos humanos em geral, que propicia a crítica normativa de momentos específicos dessa institucionalidade que a estejam negando, dos direitos humanos enquanto critérios críticos (históricos) anteriores a qualquer ordem institucional.⁸⁰ Neste último sentido, os direitos humanos são exigências frente às instituições, que as denunciam em sua constitutiva falibilidade e as impulsionam a transformar-se. Ocorre que tais exigências não podem realizar-se pela mera ação direta e precisam institucionalizar-se. As instituições mediam os direitos humanos, procurando atender às necessidades dos sujeitos, modificando realidades já assentadas mas, novamente, produzindo efeitos negativos não intencionais. Ao fazê-lo, negam os direitos humanos. Ou seja, as instituições são mediações indispensáveis aos direitos humanos, mas não significam a sua realização, pois ao institucionalizarem-se – o que é inevitável – os direitos humanos estão sempre sendo negados.

O próprio direito ao trabalho surge primeiro como pretensão crítica frente aos direitos humanos do individualismo burguês, denunciado as vítimas da nova institucionalidade que substituíra a ordem medieval. Mediante lutas sociais intensas, alcança algum reconhecimento institucional, ainda que de forma subordinada àqueles primeiros direitos humanos. Sua realização pode ser em muito ampliada já nas condições sociais e jurídicas vigentes – aqui reside o propósito deste trabalho. Pode-se mesmo dizer que o direito ao trabalho ainda que

⁸⁰ HINKELAMMERT, Franz. **El sujeto y la ley: el retorno del sujeto reprimido**. Heredia, Euna, 2005, p. 454-465. Idem. **Prometeo, el discernimiento de los dioses y la ética del sujeto. Reflexiones sobre un mito fundante de la modernidad**. *Revista Utopía y Praxis Latinoamericana*, Maracaibo, 2005, vol.10, no.31, p. 9-36. Devo a David Sánchez Rubio a observação da necessidade de ressaltar essa distinção.

suas primeiras enunciações remontem a quase dois séculos, ainda é um “novo direito”, no sentido de que ainda está em vias de institucionalização. Contudo, neste sentido institucional, estará sempre aquém daquela pretensão crítica radicalmente transformadora que o funda. Instituições, inclusive o direito ao trabalho, nunca podem substituir os próprios seres humanos como únicos titulares dos direitos humanos. A fonte de legitimidade das instituições está sempre nos sujeitos, jamais se podendo sacralizar alguma instituição em nome dos direitos humanos. Assim, embora institucionalizados, os direitos humanos expressam sempre dimensões excedentes e mesmo utópicas frente à institucionalidade vigente. Há, aí, uma anterioridade e um “excesso de sentido” dos direitos humanos, que “sobram” às instituições concretas, frente às quais são irredutíveis. Trata-se, sobretudo, de exigências relativas à integração no circuito natural de integração da vida humana.⁸¹ Essas exigências sempre excedentes, violadas, não atendidas, precisam ser constantemente resgatadas diante dos direitos institucionalizados. Neste sentido, os direitos humanos são critérios de discernimento frente às instituições e jamais podem ser inteiramente identificados com estas.

Mas, ao mesmo tempo, conduzem para dentro da institucionalidade aquelas exigências humanas, abrindo espaços para um contínuo processo de correção. Nenhuma norma ou instituição é *a priori* legítima; sua legitimidade precisa ser constantemente resgatada e corrigida frente às

⁸¹ Trata-se, para Hinkelammert, de um circuito natural da vida especificamente humana e que, portanto, inclui não só alimentar-se, morar, educar-se, mas fazê-lo humanamente, ou seja, culturalmente, como exercício de liberdade, o que implica também os direitos de liberdade e participação. O conceito de necessidades será o tema do próximo capítulo. A integração ao circuito natural da vida humana pressupõe, ainda, a conservação da natureza externa condicionante da vida humana. HINKELAMMERT, **El sujeto y la ley**, p. 463.

contingências inesgotáveis da vida humana, bioma incluído. Quando esse processo é interrompido, invertendo-se a relação de prioridade dos sujeitos frente às instituições que produzem, sacralizando-se-as, tem-se a opressão e a perda do sentido da institucionalidade como mediação falível para a vida. Neste caso, a instituição passa a ocupar o lugar de dignidade do sujeito. Portanto, o essencial dos direitos humanos está em servir de critério de discernimento crítico frente às instituições. Pode-se mesmo dizer que há um direito humano que resume a exigência do respeito a todos os direitos humanos:

“el derecho al discernimiento de las instituciones a la luz de los derechos humanos. (...) Todas las instituciones tienen que estar bajo este criterio. Esta actitud del discernimiento de las instituciones y, por tanto, de las leyes es la rebelión del sujeto.”⁸²

Neste sentido, compreende-se a irredutibilidade do trabalho vivo na articulação desse duplo papel do direito ao trabalho, enquanto direito humano institucionalizado e falível que deve tensionar a transformação dos momentos da prática institucional que levam à sua negação e o direito ao trabalho enquanto dimensão crítica radical frente à institucionalidade do capital que subsume o trabalho humano invertendo a relação sujeito-instituição.

Embora distintas, essas duas dimensões se articulam constantemente, sendo contraditórias mas dialeticamente interdependentes. Portanto, a concepção de direitos humanos ou de direitos fundamentais, embora ora possa concentrar-se no aspecto externo, pré-institucional, ora no aspecto institucional e mesmo positivado dos direitos, deve ter sempre em conta essa

⁸² Idem, ibidem, p. 465.

integração entre esses dois momentos, a sua distinção, mas também a sua interdependência. Não é adequado, pois, supor-se uma justaposição dicotômica entre uma dimensão pré-positiva ou moral e uma dimensão positiva ou jurídica.

É a partir dessa abertura que se vai desenvolver a reconstrução do direito ao trabalho, redimensionando o seu conteúdo. Isso será abordado, na fundamentação do direito ao trabalho, sob duas vertentes. Uma, que considerará as complexas relações entre trabalho e necessidades: o trabalho como necessidade, como criador de necessidades, como criador de objetos satisfatores de necessidades e ele próprio, como diretamente satisfator, o trabalho como valor de uso para o sujeito. Pretende-se que nas teorias das necessidades se encontram critérios normativos necessários (embora insuficientes) para a reconstrução do direito ao trabalho no interior do sistema constitucional (capítulo 2). Outra, que considerará as relações entre o trabalho e a dinâmica da luta por reconhecimento e contra o desrespeito. Aqui, pergunta-se como a lei jurídica do trabalho pode continuar participando da mediação do processo intersubjetivo de construção dos sujeitos em torno do trabalho (capítulo 3).

Após, vai-se explicitar o sentido da mediação jurídica do trabalho como um direito e sua elaboração por uma dogmática jurídica que se pretende crítica, objeto do capítulo 4. Feito isso, o capítulo 5 dedica-se a esboçar as potencialidades dogmáticas do direito ao trabalho no sistema jurídico brasileiro atual.

Capítulo 2. A RECONSTRUÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO AO TRABALHO NA TEORIA DAS NECESSIDADES

“O dever de um jurista é garantir a vida, pelo direito, custe o que custar.”

Aldacy Rachid Coutinho¹

2.1. Fundamentação como processo multifundamental

Se a vida concreta dos sujeitos humanos corporais – e não a correspondência a princípios apriorísticos – é o referente crítico de discernimento frente às instituições², a alimentar continuamente o processo de institucionalização dos direitos e o resgate do seu constitutivo *déficit* de legitimidade, o esforço de fundamentação destes não pode nunca pretender desconectar-se da historicidade da práxis, pretendendo alcançar um fundamento absoluto e eterno, capaz de propiciar uma razão irresistível que corresponderia à essência desses direitos e, em suma, à essência humana, racionalmente apreendida.

Entende-se como fundamentação a explicitação e análise dos fundamentos que possibilitam a práxis humana que desenvolve o processo

¹ COUTINHO, Aldacy Rachid. **15 anos de Constituição de direitos dos trabalhadores**, in SACAFF, Fernando F. (Org). Constitucionalizando direitos: 15 anos de Constituição Brasileira de 1988. Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 384.

² “En ese sentido, el juicio de legitimidad de la ley no es um dato *a priori*, sino que surge a partir de la confrontación con el parámetro ético-jurídico fundamental: la vida (humana y no humana).” SOLÓRZANO ALFARO, ob. cit., p. 227.

histórico em torno dos direitos humanos.³ Dessa perspectiva, derivam-se dois aspectos essenciais. O primeiro está em que fundamentar direitos humanos é sempre um devir processual, pois igualmente históricos são aqueles fundamentos e as cambiantes exigências da vida. O segundo, trata-se de sublinhar que não é possível buscar um único fundamento para os direitos, o que sempre acarreta uma indevida redução da complexidade humana.

Quanto ao primeiro, cabe esclarecer, com Herrera Flores, que

los elementos que configuran la fundamentación no se hallan en el origen de la categoría de derechos humanos; constituyen más bien el principio al que remitirse en todo y cada uno de los momentos de la investigación sobre los mismos, corrigiéndolos y adaptándolos a las nuevas y cambiantes circunstancias sociales y teóricas.⁴

No que respeita ao segundo, refere-se ao aspecto multifundamental da fundamentação dos direitos humanos. A este respeito, ao longo do texto, em especial neste e no próximo capítulo, vai-se procurar estabelecer alguns fundamentos necessários, ainda que não exaurientes da fundamentação do direito ao trabalho. Por se tratar dos aspectos, hoje, menos presentes no debate jurídico, vão-se priorizar os fundamentos materiais do direito ao trabalho, articulados em torno das noções de necessidades e reconhecimento. Acolhendo-se a proposição de Enrique Dussel, essa fundamentação material se insere em um plexo de fundamentação mais amplo, englobando as dimensões material, formal e de factibilidade, que se esclarece no item 2.5.

³ Neste sentido, SENENT DE FRUTOS, Juan Antonio. **Problemas fundamentales de los derechos humanos desde el horizonte de la praxis**. Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 55-56 e *passim*.

⁴ HERRERA FLORES, La fundamentación de los derechos humanos desde la Escuela de Budapest, in THEOTONIO e PRIETO (dir.), ob. cit., p. 40.

2.2. Possibilidades e obstáculos à fundamentação do direito ao trabalho na teoria das necessidades⁵

Numa visão que parte do ser humano como sujeito natural e corporal e, por isso, necessitado, o trabalho é dimensionado prioritariamente a partir das necessidades. Como se verá adiante, são diversificadas e complexas as relações entre trabalho e necessidades e poucas categorias têm um entrelaçamento tão intenso. Incorporar a dimensão material das necessidades implica, entre outras coisas, reconectar a economia, reduzida a sua acepção formal de ciência da alocação de recursos escassos (racionalidade instrumental), à esfera do sustento humano (racionalidade reprodutiva do sujeito humano).

Em que pese a vastidão do tema, pode-se iniciar a análise com a noção de ciclo natural de reprodução da vida humana, haurida de Franz Hinkelammert e já mencionada no capítulo anterior. Para que haja o sustento do homem – consumo humano e reprodução da vida – é preciso que haja produção de bens satisfatores de necessidades por meio do trabalho. Trata-se da relação econômica material, na qual se identificam, inicialmente, segundo a explicitação

⁵ Um primeiro esclarecimento conceitual há de ser feito de partida. É relevante diferenciar-se o conceito de **necessidades humanas** como “carências” ou “carecimentos”, que corresponde às palavras alemã *Berdürfnisse*, francesa *besoins*, inglesa *needs* e italiana *bisogni*, em torno dos quais se dá todo o debate da teoria das necessidades, do conceito de **necessidade lógica ou normativa**, que corresponde à palavra alemã *Notwendigkeit* ou à inglesa *necessity*. São noções distintas, embora geralmente traduzidas pela mesma palavra nas línguas portuguesa e espanhola. Cf. FRAGA, Paulo Denisar Vasconcelos. **A teoria das necessidades em Marx: da dialética do reconhecimento à analítica do ser social**. Campinas, Dissertação (Mestrado), Unicamp, IFCH, 2006, p. 25-26. Tal diferenciação se evidencia quando se diz que a realização das necessidades (*Berdürfnisse*) é uma necessidade (*Notwendigkeit*) ética, política e jurídica. Também na expressão *necessary needs*, com que Heller se reporta à categoria marxiana de necessidades históricas imprescindíveis. HELLER, Agnes. **Teoría de las necesidades em Marx**. Barcelona, Península, 1978, *passim*.

de Dussel⁶, cinco momentos: a) o sujeito necessitante b) interpõe uma ação material: o trabalho (mediação na qual “o produtor se objetiva como coisa”) c) sobre seu objeto universal: a natureza; d) o efeito é um produto cultural com valor de uso e) e o consumo é o retorno, quando “a coisa criada pelo produtor se faz pessoa” (Marx), como reprodução da vida humana: o consumo é agora o cumprimento de um desejo cultural. Num segundo momento de compreensão, porém, evidencia-se que o trabalho não é apenas instrumental à **reprodução** da vida. Em Marx, a satisfação de necessidades pelo trabalho conduz à multiplicação e diversificação de novas capacidades e novas necessidades. Em sentido pleno, o trabalho seria, ademais, já **desenvolvimento** da vida, um **modo de viver**: “vivir creando culturalmente lo nuevo como historia, liberado ya el agente de la mera reproducción; sería un trabajar como desarrollo de la vida.”⁷

Divisam-se, desde logo, aí, três modos pelos quais se relacionam trabalho e necessidades: o trabalho como mediação indispensável à produção de bens satisfatores de necessidades, como via de transformação das capacidades e

⁶ DUSSEL, **Hacia una filosofía política crítica**, p. 135-136.

⁷ Idem, ibidem, p. 136. O momento de desenvolvimento da vida, nas macro e microestruturas da sociedade, que instaura um direito subjetivo que nega a negação da vida em qualquer de suas dimensões essenciais é explicitado por Celso Ludwig: “Para além de um mero crescimento natural, o humano se constrói no desenvolvimento histórico. Por isso, o sistema social que em sua reprodução impede o desenvolvimento humano deverá ter na razão crítica a exigência de sua transformação. O próprio instinto do prazer – instinto de vida – desinibe e permite o desenvolvimento da vida, do sistema cognitivo e afetivo-avaliativo humano – aparelho cerebral e psíquico – e das instituições históricas, com o objetivo de afirmar a subjetividade não de negá-la (a negação como fato empírico inegável, situa-se categorialmente no nível da defecção – defecção no viver (depressão e/ou morte), no prazer (patologia) e no poder (dominação institucional). Porém, diante da existência real, empírica e massiva de subjetividades negadas – carências de vida em alguma ou algumas dimensões da existência -, desde a exclusão e exploração do trabalho até ao analfabetismo de adultos e crianças, o desenvolvimento passa a ser um momento necessário da vida humana. Momento que instaura, nequívocamente, um direito subjetivo legítimo, com exigência de efetividade, intrínseco ao critério fonte anunciado: a vida concreta de cada sujeito como modo de realidade, sendo que aqui esse modo de realidade consiste na negação de vida em algum grau da subjetividade, por isso, categorialmente, subjetividade negada, na determinação específica do desenvolvimento.” LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo**. Florianópolis, Conceito, 2006, p. 187.

necessidades humanas e, assim, do próprio ser humano e o trabalho, ele próprio, como uma necessidade da corporalidade.⁸ Portanto, numa concepção que toma a institucionalidade do direito como uma “mediação para a vida”, e que é compatível com um ordenamento jurídico constitucional que tem na vida digna o princípio normativo que atua como epicentro de toda a ordem jurídica, inclusive da ordem econômica (CRFB, arts. 1º, III e 170, *caput*), parece ser tranquilo o caminho que pretende derivar a fundamentalidade material do direito ao trabalho das necessidades da pessoa humana em comunidade. Tempo de trabalho é, antes, tempo de vida. Entendido que necessidades humanas indicam condições de possibilidade indispensáveis para uma vida digna, não parece difícil extrair-se daí um momento determinante de que sejam juridicamente devidas tais condições de possibilidade.

Essa perspectiva de fundamentação, se se logra levá-la a cabo, tem o enorme benefício de fincar o pé da práxis jurídica, tão dada a reducionismos e abstracionismos, no solo da materialidade e historicidade humanas, ainda que não se perca de vista a importância dos aspectos formais, procedimentais e metodológicos, que hoje dominam o debate da filosofia do direito. Além disso, consiste em uma fundamentação que não só apresenta boas razões para o reconhecimento de um direito, mas também para o esclarecimento de seu conteúdo. Uma das características dramáticas da sociedade contemporânea está nessa tensão entre a realização das necessidades e os obstáculos criados pela forma social capitalista a que elas sejam reconhecidas e realizadas. O potencial crítico dos direitos fundamentais, enquanto direitos contramajoritários ou “lei do

⁸ Adiante essas relações entre trabalho e necessidades serão desdobradas em quatro momentos.

mais débil” – para usar a expressão de Ferrajoli –, há de ser explicitado por aquilo que se exige em termos satisfação das necessidades ao se reconhecerem direitos fundamentais da pessoa em uma forma social tendencialmente infensa àquela satisfação.

Particularmente, as teorias das necessidades chegaram a um ponto de desenvolvimento que permite dizer que sua incorporação à consideração do direito constitucional contribuiria muito em diversos aspectos dos direitos fundamentais. Notadamente, opina-se que a fundamentalidade material dos direitos fundamentais pode ser melhor compreendida, com o apoio em algumas das perspectivas da teoria das necessidades, de modo mais consistente que apenas com referência aos valores constitucionais. Mesma virtualidade se estima para o atual debate sobre a garantia constitucional de um mínimo existencial, embora tal estudo já extrapole os limites deste trabalho.⁹

Assim, essa é uma via que se apresenta como extremamente promissora, em especial para a fundamentação do direito ao trabalho. Resgatar o vínculo entre direito ao trabalho e necessidades contribuirá decisivamente para reverter o esvaziamento dessa categoria jurídica fundamental. Trata-se, ademais, de um caminho reiteradamente trilhado por perspectivas teóricas de diversos

⁹ Ver TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. SARLET e FIGUEIREDO, Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Ambas em SARLET e TIMM, (org), Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008. BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 247-301 e passim. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra, Almedina, 1998, p. 308. OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba, Juruá, 2008, p. 318 e ss.

matizes, incluindo certas concepções marxistas não relativistas¹⁰, jusnaturalistas¹¹, versões de estado de bem-estar¹² e mesmo algumas concepções liberais¹³.

Contudo, a pretensão de fundamentar o direito ao trabalho a partir da teoria das necessidades defronta-se com um obstáculo a ser superado: o dilema a que chegaram várias das vertentes que buscaram nas necessidades um fundamento para a ética, a política ou o direito. Sujeitaram-se, de uma parte, à crítica de que não haveria como se definir, *a priori*, quais as necessidades universais, verdadeiras, absolutas ou mesmo básicas, havendo somente necessidades relativas à contingência de cada particular cultura, conjunto de valores ou projeto de vida. Daí que inviável a pretensão de erigir as necessidades a fundamento normativo, sob pena de instituir-se uma ditadura das

¹⁰ Como era o caso da “primeira” Agnes HELLER, de **Teoría de las necesidades em Marx**, ob. cit., assim como dos integrantes da Escola de Frankfurt Herbert Marcuse e Eric Fromm. Também Joaquín HERRERA FLORES, em **Los derechos humanos desde la escuela de Budapest**; Idem, La fundamentación de los derechos humanos desde la escuela de Budapest, in THEOTONO, Vicente e PRIETO, Fernando (dir.), **Los derechos humanos: una reflexión interdisciplinar**. Córdoba, Etea, 1995, p. 23-56. Em textos recentes, como **Los derechos humanos como productos culturales**. Madrid, Catarata, 2005, p. 92 e ss., Herrera vem desenvolvendo uma concepção de direitos humanos como produtos culturais que, embora se considere como tributária daquela primeira percepção, privilegia, por ora, inverter a prioridade dos direitos sobre os bens, cuja igualdade de acesso é obliterada pela divisão social do trabalho. No entanto, não formula uma teorização explícita sobre necessidades humanas que sirvam como critério de que nem todos os bens valham igual ou sejam igualmente preferíveis, embora suas formulações induzam à necessidade de fazê-lo. O esforço aqui desenvolvido procura contribuir para explicitar esse critério.

¹¹ É o caso de PERES LUÑO, **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. Madrid, Tecnos, 9ª ed., 2005. CONTRERAS PELÁEZ, Francisco J. **Derechos sociales: teoría e ideología**. Madrid, Tecnos, 1994.

¹² Trata-se das concepções não utilitaristas de bem-estar, como de Johan GALTUNG, **Human needs approach**, in LEDERER K. (ed), **Human needs**. Oelgeschlager, Gunn and Hain, Massachusetts, Cambridge, 1980, p. 55-125. Para uma visão que subordina os direitos sociais ao orçamento, ver HIERRO, Libório. **¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto**. Sistema, vol. 46, (jan-1982), p. 45-61. Uma perspectiva mais consistente com os direitos sociais se encontra em DOYAL e GOUGH, ob. cit., à qual se retorna adiante. Uma concepção que avança o conceito de bem-estar para o de desenvolvimento humano como liberdade, centrada na noção de capacidades como liberdades, Amartya SEN, **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo, Cia. das Letras, 2000.

¹³ NINO, Carlos Santiago. **Autonomía y necesidades básicas**. In Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante, 1990, n. 7, p. 21-34. RAWLS, John. **A theory of justice**. Oxford, Oxford University Press, 8ª ed., 1988, p. 90-95 e 395-452, neste caso, a teoria fundamenta-se em bens básicos mais que em necessidades.

necessidades¹⁴, fundada em uma particular pré-concepção de bem, incompatível com a pluralidade de formas de vida legitimamente defensáveis nas sociedades contemporâneas. De outra parte, vieram críticas que denunciavam que a pretendida objetividade dependeria de um reducionismo das necessidades a mínimos biológicos ou de subsistência, numa perspectiva compatível apenas com a mera reprodução como força de trabalho.

As conseqüências do argumento minimalista em necessidades, em termos de aviltamento da riqueza humana, serão retomadas adiante. Já as conseqüências do argumento relativista, que tem adeptos à direita e à esquerda, podem ser de duas ordens. Uma, está no risco de cair-se em utilitarismo ou versões do liberalismo que deificam o mercado, como denunciado por Potyara Pereira: “se não há necessidades comuns que sejam vivenciadas coletivamente e que sirvam de parâmetro para a formulação e implementação de políticas públicas, não haverá melhor mecanismo para satisfazê-las do que o mercado”.¹⁵ É uma crítica que se dirige, ressalta-se, à legitimação da “sociedade de mercado” e não a que haja alguma forma de mercado socialmente regulado.

Outra ordem de efeitos criticáveis do argumento relativista está em inviabilizar o substrato material de fundamentação dos direitos em necessidades humanas. Por conseqüência, somente a deliberação sobre valores dimensionados por particulares formas de vida teria o atributo de definir as necessidades a serem

¹⁴ HELLER, Agnes. ¿Se puede hablar de necesidades “verdaderas” y de “falsas” necesidades ?, In HELLER, **Una revisión de la teoría de las necesidades**, p. 57-82

¹⁵ PEREIRA, Potyara A. P. **Necessidades humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais**. São Paulo, Cortez, 5ª ed., 2008, p. 39. No mesmo sentido, DOYAL e GOUGH, ob. cit., p. 26.

satisfeitas.¹⁶ Daí resultam duas alternativas: ou as necessidades se subordinariam a concepções valorativas particulares, o que atribuiria a estas e não àquelas o caráter de fundamento, ou o critério de fundamentação seria deslocado para o âmbito procedimental dos processos discursivos deliberativos acerca do reconhecimento intersubjetivo de necessidades, esvaziando-se a dimensão substancial. Nos dois casos há a perda da relevância normativa das necessidades.

A partir de tais perspectivas céticas, o trabalho não seria, ele próprio, uma necessidade materialmente fundamental, mas apenas elegível. Bem assim, o valor do trabalho seria apenas contingente à satisfação de necessidades, à medida que, não tendo um valor fundamental próprio, poderia ser substituído por prestações de subsistência. Desse modo, seguindo-se o argumento de Fábio Gomes, seria possível cogitar-se, no contexto constitucional brasileiro, de uma emenda constitucional que retirasse o direito ao trabalho do texto da Constituição, já que dotado de fundamentalidade apenas formal.¹⁷

Para resgatar o potencial de fundamentação material das necessidades para os direitos fundamentais, especialmente para o direito ao trabalho, é necessário desfazer-se a oposição entre “a provisão das condições básicas para todo homem” e “a proteção de seu plano de vida”.¹⁸ E isso de um

¹⁶ Para um resumo das diversas vertentes relativistas, ver DOYAL, Len e GOUGH, Ian. **Teoría de las necesidades humanas**. Madrid, Icaria/FUHEM, 1994, p. 33-47. CONTRERAS PELÁES, Francisco J. **Derechos sociales: teoría e ideología**. Madrid, Tecnos, 1994, p. 58-64.

¹⁷ O autor articula sua fundamentação material do direito ao trabalho a partir da dúvida metodológica quanto à possibilidade de supressão do direito ao trabalho, caso não se encontre sua fundamentalidade material, retirando-o da sobreproteção do art. 60, § 4º, IV, da CRFB. GOMES, Fábio Rodrigues. **O direito fundamental ao trabalho**, p. 28 e seguintes.

¹⁸ GOMES, Fábio Rodrigues. **O direito fundamental ao trabalho**, p. 55. É justamente em função de partir de tal oposição, sem lograr reconciliá-la, que o esforço de fundamentação do direito ao trabalho desse

modo que as necessidades não sejam reduzidas à mera eleição de bens preferíveis, nem a um conjunto de mínimos de existência destinados à simples reprodução da força de trabalho como mediação do capital.¹⁹

Pretende-se atingir esse objetivo complementando algumas vertentes atuais da teoria das necessidades com uma concepção ética que ressalta a racionalidade reprodutiva, elaborada por Franz Hinkelammert em conjunto com Henry Mora e desenvolvida por Enrique Dussel. É esse o percurso argumentativo que se intenta a seguir.

2.3. Necessidades humanas e racionalidade reprodutiva

2.3.1. Sujeito necessitado e a eleição de projetos de vida

Principia-se pela noção de sujeito necessitado de Franz Hinkelammert.²⁰ Para o economista, teólogo e filósofo alemão, hoje radicado na Costa Rica, o ser humano, como sujeito corporal, natural e vivente, enfrenta-se, em primeiro plano, com um âmbito de necessidades que lhe são indisponíveis.

brilhante jovem jurista carioca encontra dificuldades para articular autonomia, necessidades e escassez, acabando por reduzir necessidades a preferências compartilhadas em um dado contexto social.

¹⁹ Para uma crítica das teorias das necessidades sob essa perspectiva, ver ALVAREZ, Sonia. **Los discursos minimistas sobre las necesidades básicas y los umbrales de ciudadanía como reproductores de la pobreza.** In ALVAREZ LEGUIZAMÓN, Sonia (comp.). Trabajo y producción de la pobreza en latinoamérica y El Caribe: estructuras, discursos y actores. Buenos Aires : Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2005. p. 238-273.

²⁰ Para uma análise da categoria sujeito em Hinkelammert, como categoria reativa ao sujeito abstrato da modernidade, ver STICKEL, Anne. **La dimensión sujeto: reconocer al ser humano como ser humano. Una meditación.** Sevilla, Universidad Pablo de Olavide (tesina apresentada ao Doctorado en Derechos Humanos y Desarrollo), 2004. Ver, ainda, sobre as noções de sujeito, subjetividade e intersubjetividade, desde uma perspectiva igualmente crítica das concepções modernas e pós-modernas, DUSSEL, **Hacia una economía política crítica**, cit., p. 319-341. FORNET-BETANCOURT, Raúl. **Transformación intercultural de la filosofía.** Bilbao, Desclée de Brouwer, 2001, p. 349-369. HINKELAMMERT, **El sujeto y la ley**, ob. cit.

Toda atividade humana – filosófica, estética, desportiva, ética – pressupõe a **possibilidade** da vida enquanto vida concreta de sujeitos corporais em comunidade.²¹

Aquí la pregunta clave no es, si existo. Es, **si puedo seguir viviendo**. Cuando una de las figuras de Shakespeare exclama: ‘Me quitan la vida, si me quitan los medios por los cuales vivo’, habla como sujeto.²²

O fato de que seja um sujeito vivente implica que ele não dispõe da vida como objeto de sua ação, mas age já como vivente. A afirmação essencial, aí, é de que a vida não é um valor. É a partir da vida que se abre, para o sujeito, o campo dos valores. Viver tampouco é um projeto específico e dele não se extrai qualquer fim determinado. Ao revés, é um projeto dependente de condições materiais de possibilidade que se realizam por meio dos muitos projetos de vida específicos possíveis. Assim, toda relação meio-fim é o meio de realização de um projeto de vida, que é projetado por um sujeito vivo. Não há ação sem sujeito da ação. Ora, toda ação supostamente racional, que implica uma relação meio-fim, não pode ser racional se elimina o sujeito que sustenta a ação: o suicídio. “Este circuito lo podemos llamar **racionalidad reproductiva del sujeto**, y se refiere a las condiciones de posibilidad de la vida humana.”²³ Fins que, embora tecnicamente concebíveis e materialmente realizáveis, não se integram em um projeto de vida, de forma compatível com a reprodução da vida dos sujeitos de forma sustentada no tempo, caem fora da factibilidade, ou seja, implicam uma

²¹ HINKELAMMERT, Franz e MORA JIMÉNEZ, Henry. **Hacia una economía para la vida**. San José, Costa Rica, DEI, 2005, p. 31-36.

²² HINKELAMMERT, apud STICKEL, ob. cit., p. 19.

²³ HINKELAMMERT e MORA, ob. cit., p. 151.

decisão pelo suicídio, intencional ou não, a curto ou longo prazo, que elimina o próprio sujeito que elege fins.²⁴ Eis a irracionalidade da racionalidade estratégico-instrumental e da economia neoclássica ao eliminarem o sujeito da ação. Incluir ou não o sujeito da ação e sua necessidade de reprodução como sujeito na racionalidade meio-fim não é uma questão de valor, que não poderia ser objeto de um juízo racional. Como explicita Sánchez Rubio, a racionalidade reprodutiva repõe o lugar do ser humano nas ciências empíricas e sociais.

Por meio da racionalidade reprodutiva denuncia-se como a teoria da ação racional não dá resposta a se o ator, que articula os meios com os fins, põe em perigo sua vida pela maneira de relacioná-los. Como não envolve o ator, não tem em conta os efeitos que os fins realizados podem ter sobre sua vida. Portanto, nega juízos de fato que não sejam juízos meio-fim.²⁵

Assim, para Hinkelammert, a racionalidade reprodutiva é anterior, conceitual e eticamente à racionalidade estratégico-instrumental, pois “para vivir hay que poder vivir, y para ello hay que aplicar um critério de satisfacción de las necesidades a la elección de los fines.”²⁶ Dessa prioridade decorre que os critérios de eficiência ou mesmo de rentabilidade financeira estão eticamente subordinados aos critérios de desenvolvimento humano.²⁷

Conforme explicita Dussel, a vida não é um fim, mas é o modo de realidade do sujeito humano, cuja lógica de reproduzir-se e desenvolver-se determina essa condição vivente que é sempre necessitada e, portanto, exigente. Para viver e atuar e escolher, é preciso poder viver, ou seja, ter acesso aos meios

²⁴ HINKELAMMERT, *Crítica de la razón utópica*, p. 319-321.

²⁵ SÁNCHEZ RUBIO, *Direitos humanos, ética da vida humana e trabalho vivo*. In WOLKMER, ob. cit., p. 153.

²⁶ HINKELAMMERT, *Crítica de la razón utópica*, p. 319-321.

²⁷ SÁNCHEZ RUBIO, ob. cit., p. 163.

que fazem possível esse desvio forçado entre o nascer e o morrer que é a vida. Mas a vida, mais que condição de possibilidade, é o modo de realidade do sujeito humano. É a vida esse modo de realidade concreto a partir do qual se abrem, para o humano, o horizonte da realidade e a possibilidade de eleger fins, valores ou projetos de vida, já enquanto sujeito vivente.²⁸ Qualquer concepção de dever somente pode ser levada a efeito por sujeitos humanos corporais necessitados. Eleger fins ou projetos de vida que sejam impossíveis do ponto de vista da reprodução e desenvolvimento da vida é, pois, autocontraditório, uma contradição performativa radical, qualquer que seja o padrão ético, jurídico ou político.

Indispensável, ainda, incorporar definitivamente que a vida humana é sempre intersubjetiva. Nenhum sujeito humano existe isolado, *a la Robinson Crusoe*²⁹. Todo ato humano é social. De um lado, porque não há sujeitos *ab ovo*, que, uma vez já “prontos” entram em relação com a sociedade, mas sim sujeitos desde sempre constituídos por tramas sociais, as quais simultaneamente constituem e com as quais mantêm uma relação dialética de heteronomia e autonomia crítica.³⁰ Toda ação humana é configurada pela ação

²⁸ Ver DUSSEL, **Ética da libertação**, capítulo 1. Em sentido semelhante, porém não idêntico, a fundamenção ética de Inácio de Ellacuría, pela qual a dimensão ética arranca da natureza para ultrapassá-la, sendo irreduzível a esta, mas somente pode seguir sendo tal desde a natureza: “el viviente no puede seguir viviendo sin hacerse cargo de la situación, pero que a su vez, no puede hacerse cargo de la situación sino manteniendo consigo lo que está haciendo posible ese proceso”. Apud SENENT DE FRUTOS, Juan Antonio. **Problemas fundamentales de los derechos humanos desde el horizonte de la praxis**. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, p. 107/108.

²⁹ Nem o próprio Robinson, evidentemente, pois não teria sobrevivido sem um intenso processo de socialização anterior ao seu naufrágio.

³⁰ Há, hoje, nas ciências sociais, inúmeras perspectivas distintas quanto à implicação entre sujeito e estrutura social. Sua especificação, neste momento, não se faz necessária, à medida que nenhuma delas, porém, chega perto de cancelar uma concepção de sujeito autoconstituído e autorreferente que está suposta em algumas filosofias morais e jurídicas, especialmente de corte liberal, e que não encontram suporte consistente nas ciências sociais. Esse tema será retomado no capítulo seguinte.

dos demais ao passo que, por sua vez, configura a ação dos demais.³¹ A própria formação moral dos indivíduos é inteiramente dependente dos processos intersubjetivos de reconhecimento. Segundo, que a realização de qualquer projeto de vida e, de partida, a própria capacidade de projetar, dependem da concreta fruição de bens materiais e imateriais, propiciados por meio de uma divisão social do trabalho que determina as condições de (des)igualdade no acesso à produção e distribuição desses bens e, em última instância as possibilidades de viver de cada um.³² Tais bens não se resumem a objetos a serem consumidos individualmente, mas incluem relações interpessoais e instituições capazes de propiciar necessidades inerentes a uma vida cheia de sentidos. Logo, valores, fins e projetos de vida são sempre situados concretamente em relações sociais determinadas e são, portanto, sempre inseridos em um dado projeto de vida coletivo. Portanto, a par de necessidades individuais, há, sobretudo, necessidades sociais.³³

Segundo a racionalidade reprodutiva, a satisfação das necessidades delimita os marcos de factibilidade dos projetos de vida válidos elegíveis.³⁴ Um drogadicto que escolha consumir drogas até a morte, em vez de alimento, não faz uma escolha eticamente válida, pois elimina o próprio sujeito da

³¹ A relevância deste aspecto na fundamentação dos direitos humanos foi salientada por SENENT DE FRUTOS, ob. cit., p. 120-126.

³² HINKELAMMERT, **Crítica de la razón utópica**. Bilbao, Desclée de Brouwer, 2002, p. 322-323.

³³ Michael Perry identifica os exemplos de que há necessidades universais em espécies de necessidades de relações, tais como “o sentimento de afeição, a necessidade de cooperação encontrada em todas as culturas, a identificação do lugar na comunidade e a ajuda para quem se encontra em necessidade”. Cf. BARRETO, Vicente. Universalismo, multiculturalismo e direitos humanos. In VVAA. Coletânea de subsídios III: fundamentação dos direitos humanos. Passo Fundo, IFIBE, 2008. Disponível em <http://www.berthier.com.br/posgraduacao/dh/2008/outras%20subsídios/Colet%C3%A2nea%20III%20-%20Fundamenta%C3%A7%C3%A3o%20DH.pdf>. Acesso em 05.10.2008.

³⁴ HINKELAMMERT, **Crítica de la razón utópica**. Bilbao, Desclée de Brouwer, 2002, p. 321-322.

escolha. Seria, portanto, autocontraditória, uma tal conduta.³⁵ Da mesma forma, uma forma coletiva de vida que nega sistematicamente o acesso aos meios materiais de vida digna a parte da população, ou que se inclina estruturalmente para a destruição ecológica do planeta, é um projeto de vida inválido, pois nega a vida da qual ele é uma manifestação. É esta a denúncia com a qual hoje interpelam um bilhão de famintos e uma imensa fração da população que não tem acesso a um trabalho em condições dignas.

Assim vistas as coisas, as necessidades não só capacitam para a participação em uma dada forma de vida em condições de perseguir os próprios objetivos,³⁶ mas também servem à avaliação dos projetos pessoais e formas de vida, quanto à sua possibilidade em termos de reprodução da vida humana. Explicita-se a seguir como pode se dar essa avaliação.

2.3.2. Necessidades, valores e marcos de factibilidade

Toda ordem social, moral, jurídica, implica o estabelecimento de uma determinada hierarquização entre diversas espécies de bens materiais e imateriais, desde nossos desejos, gostos, projetos e formas de vida. Estas relações valorativas, contudo, são sobredeterminadas pelo âmbito das necessidades, cuja variabilidade está delimitada pelo campo daquelas alternativas que possam ser consideradas possíveis, em termos de produção, reprodução e

³⁵ HINKELAMMERT, Franz e MORA JIMÉNEZ, Henry. **Hacia una economía para la vida**. San José, Costa Rica, DEI, 2005, p. 35. É nesse ponto que se abre a possibilidade de passar das necessidades como fato, no plano do ser, para o plano do dever ser, o que será retomado adiante.

³⁶ DOYAL E GOUGH, ob. cit., p. 82-83.

desenvolvimento da vida em comunidade a longo prazo, aí incluídas as condições de sustentabilidade ecológica. Há sempre uma ampla gama de formas de satisfação de necessidades e as próprias necessidades são historicamente criadas e transformadas. Daí a importância de critérios e princípios formais de deliberação democrática, como requisitos igualmente necessários, mas não suficientes.³⁷ Mas todas essas formas de satisfação, que se condensam em formas de vida e projetos de vida particulares, são elegíveis de forma condicionada “porque [la libertad de elegir] deriva y está subordinada a la satisfacción de las necesidades.” Sua validade está condicionada à sua capacidade de satisfazer – em formas historicamente variáveis – as necessidades dos sujeitos corporais afetados.

Valores não são compreendidos, aqui, como entidades de *per se*, mas como critérios construídos intersubjetivamente quanto a relações de hierarquização entre os bens satisfatores de necessidades, engendrando sistemas de valor regulados socialmente.³⁸ Juízos de valor, assim, expressam a relação de algo como mediação para um outro, ou seja, como condição de possibilidade prática, dentro de um sistema valorativo e em relação ao conjunto de objetos satisfatores. As mediações mais necessárias ou as “preferidas” ocupam um lugar superior. O que os sistemas de valores expressam são formas particulares de reproduzir a vida e hierarquizar os diversos bens e âmbitos da vida. A primazia do indivíduo sobre a coletividade, a prioridade da liberdade negativa sobre a liberdade positiva, a primazia da satisfação do desejo sobre a necessidade, do

³⁷ DUSSEL, **Ética da libertação**, capítulo 2. A complementaridade entre o fundamento material e o procedimental será retomada adiante.

³⁸ HERRERA FLORES, **Los derechos humanos desde la escuela de Budapest**, p. 103.

capital sobre o trabalho, da proteção da propriedade do empresário sobre a honra dos trabalhadores, ou vice-versa, são opções valorativas, que determinam a hierarquização de bens e que se condensam nas instituições, nas manifestações culturais, na ideologia, no direito.³⁹ Os valores humanos referem-se às várias hierarquizações possíveis que fazemos das mediações para a produção, reprodução e desenvolvimento da vida e que se condensam nos distintos momentos de organização de uma determinada forma de vida.⁴⁰

Sustenta-se, então, um argumento com duas etapas. Embora sirvam para hierarquizar os bens satisfatores de necessidades, os valores não servem como critério de verdade das necessidades. Por outro lado, a concepção aqui sustentada não equivale à posição pela qual somente tem valor aquilo que satisfaz uma necessidade. As necessidades sobredeterminam, fixando o âmbito de variação dos valores, mas não esgotam inteiramente o espaço destes. Vai-se discutir a primeira etapa do argumento, mediante um rápido excursus em torno da teoria das necessidades de Agnes Heller **(1)**. A segunda etapa se esclarece com a noção de marcos de factibilidade, em Hinkelammert e Mora **(2)**.

1) Alguns integrantes da Escola de Frankfurt, em especial Herbert Marcuse e Erich Fromm, levaram adiante a crítica de Marx nos Manuscritos de 1844, quanto às falsas necessidades criadas pelo capitalismo, degradando as

³⁹ Como ressaltado antes, esses pares opostos e hierarquizados, no mais das vezes, já partem de uma disjunção predeterminada por uma estratégia ideológica típica da modernidade.

⁴⁰ Por isso, o sujeito vivo, ele mesmo, não tem valor, tem dignidade. Acrescentando-se ao sentido kantiano de não ser apenas um meio para um fim, pode-se interpretar a noção de dignidade como esta dimensão da pessoa humana de estar situada para além ou estruturalmente “antes” de todo sistema concreto de valor. Dignidade, assim, é essa dimensão que se põe diante de qualquer sistema particular de valor e se impõe a ele. Por isso, é a dignidade humana que funda os valores e os hierarquiza. Segundo a racionalidade reprodutiva, esta hierarquização dá-se desde um juízo que não é um juízo de valor, mas um juízo de fato, sobre a possibilidade de reproduzir e desenvolver a vida concreta de cada sujeito em comunidade.

necessidades humanas qualitativas em meras necessidades quantitativas de consumo.⁴¹ Para Heller, em sua “Revisão da Teoria das Necessidades”, de 1985, tal crítica teria levado esses autores a sustentar uma postura elitista, na qual o “mero gesto de separar las necesidades ‘reales’ de las ‘imaginárias’ empuja al teórico a la posición de un dios que juzga sobre el sistema de necesidades de la sociedad.”⁴² Os próprios teóricos “juízes” das necessidades sociais não teriam como assegurar a não contaminação de suas consciências pela fetichização capitalista. Por isso, afirma que não se trata de distinguir necessidades reais de necessidades falsas, tarefa que, se assumida pelas instituições sociais, levaria a uma arbitrária ditadura das necessidades. Todas as necessidades conscientemente manifestadas devem ser reconhecidas como necessidades reais, sem outra condição, não estando ninguém autorizado a imputar arbitrariamente necessidades a pessoas ou grupos, o que significaria definir suas necessidades “reais” e descartar as “falsas”.⁴³

Para Heller, em vez de selecionar necessidades segundo um critério de realidade, o que se deve fazer é julgar eticamente as necessidades como boas ou más. São consideradas más, segundo a filósofa húngara, aquelas

⁴¹ O argumento de Marcuse é assim sintetizado por CONTRERAS PELÁEZ, ob. cit., p. 73: “el capitalismo – mediante la inducción de la (falsa) necesidad de éxito y la reducción de las necesidades cualitativas a (falsas) necesidades de consumo, - consigue reconciliar las necesidades del sujeto con sus propias necesidades de autorreproducción como sistema.” Para uma análise da noção de necessidades em Fromm e Marcuse, AÑÓN ROIG, Maria José. **Necesidades y derechos: un ensayo de fundamentación**. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 103-125.

⁴² HELLER, Agnes. ¿Se puede hablar de necesidades “verdaderas” y de “falsas” necesidades ?, In HELLER, **Una revisión de la teoría de las necesidades**, p. 58.

⁴³ Cabe, aqui, distinguir, com Agnes Heller, entre carências, ou necessidades sócio-políticas, no sentido de abstrações que congregam classes de necessidades concretas atribuídas socialmente e as necessidades propriamente ditas. “Si hablamos del individuo como portador de necesidades, nunca encontraremos la ‘necesidad de educación’ [uma carência], sino una necesidad concreta de estudiar tales o cuales cosas o de ser bueno en tal o cual profesión.” HELLER, **Una revisión de la teoría de las necesidades**. Barcelona, Paidós, 1996, p. 86.

necessidades quantitativas, ou seja, que demandam possuir cada vez mais poder, fama ou propriedades, pois são, por definição, impossíveis de se satisfazerem – nunca há quantidade de poder, propriedades ou fama que baste – e, sobretudo, levam inexoravelmente a violar o imperativo de Kant segundo o qual um homem não pode fazer de outro um meio para si. Assim, onde quer que as relações sociais se baseiem em dominação, existe a necessidade de usar o outro indivíduo como mero meio, o que, além de consistir em necessidade impossível de ser satisfeita, inviabiliza o reconhecimento de todas as necessidades. Portanto, o princípio regulativo de reconhecimento de todas as necessidades leva à **necessidade radical** de abolição dessas mesmas relações de dominação. Necessidades radicais particulares, como de movimentos de autogestão operária, revolução cultural ou movimentos feministas, apontam para a transformação da forma social presente, mas elegem diferentes sistemas de necessidades. Todas elas, contudo, excluem o reconhecimento daquelas necessidades que fazem de um indivíduo um mero meio para outro e apontam utopicamente para sua eliminação.⁴⁴

O caráter positivamente utópico da afirmação de necessidades radicais e seu potencial crítico em relação às instituições da sociedade contemporânea são ressaltados com propriedade por Heller. De modo geral, para os integrantes da Escola de Budapest, a fundamentação dos direitos humanos se baseia na cadeia necessidades-trabalho-valores, pela qual as necessidades,

⁴⁴ HELLER, Agnes. ¿Se puede hablar de necesidades “verdaderas” y de “falsas” necesidades ?, In HELLER, **Una revisión de la teoría de las necesidades**, p. 57-82. Esse caráter particular das necessidades radicais, já que as necessidades de participação política ou de alimento e moradia para todos podem ser prioritárias ou não dependendo do contexto de cada país ou formação social, leva HERRERA FLORES a denominá-las necessidades **radicalizadas**. **Los derechos humanos desde la escuela de Budapest**, p. 86.

continuamente transformadas pelo trabalho, objetivam-se socialmente na forma de valores.⁴⁵ Ocorre que o desgarramento entre o trabalho e a realização das necessidades – a dupla redução moderna do trabalho, como se vê adiante – implica também o desgarramento entre os valores e as necessidades. Por isso já não podemos tratar apenas de valores produzidos pela institucionalização e hierarquização de necessidades. Quando se rompe com o marco das necessidades, valores já não são mais signo de humanização, podendo inclusive significar a institucionalização do suicídio societal.

A falta de um critério material de factibilidade enraizado nas necessidades, faz com que a Heller, em sua versão revista da teoria das necessidades, acabe reduzindo a deliberação ética sobre os particulares sistemas de necessidades a meros juízos de valor⁴⁶. Estes seriam formulados intersubjetivamente no espaço do debate público fora das instituições estatais, dentro dos marcos de uma democracia liberal em que o próprio Estado estaria deslegitimado para eliminar as instituições que servem de mediação para as necessidades que fazem de um indivíduo um meio para outro. Sem um critério

⁴⁵ Na síntese de Herrera Flores: “a través de la praxis humana se satisfacen y se crean nuevas necesidades, las cuales no se agotan en el cumplimiento de una carencia, sino que se constituyen en impulsos conscientes hacia la transformación de situaciones y formas de vida en aras de un mayor bienestar humano. Estas necesidades, con el tiempo, se van independizando de las situaciones sociales e históricas que les dieron origen, y se van objetivando cotidiana, artística e institucionalmente; y, una vez objetivadas, se someten al proceso axiológico: o lo que es lo mismo, tales objetivaciones de necesidades van siendo preferidas social y conscientemente por los seres humanos. A través de los valores la sociedad dota de sentido a las necesidades objetivadas: al valorar humanizamos lo valorado; le otorgamos sentido para nosotros. Ya no tratamos con necesidades, sino con valores que humanizan y dinamizan el proceso a partir del cual lo que fueron expectativas individuales, se han generalizado y han pasado a pautas generalizables a más de una forma de vida.”. HERRERA FLORES, **La fundamentación de los derechos humanos desde la Escuela de Budapest**, in THEOTONIO y PRIETO, ob. cit., p. 43-44. Adverte-se que esse texto não corresponde ao pensamento atual de Herrera.

⁴⁶ También Péres Luño, que adotara em grande parte a teoria das necessidades de Heller em sua primeira versão, critica acerbamente a sua virada relativista e individualista, pois “Heller ha ido abjurando de las referencias antropológicas concretas que informaban su prístina concepción de las necesidades radicales, (...) perdiendo sus referencias sociales y su apego a los comportamientos colectivos de los hombres, en aras de un sedicente ‘elitismo democrático’.” PÉRES LUÑO, ob. cit., p. 584.

material para atribuir normatividade às necessidades, cujas exigências de realização colidem entre si, o discurso ético somente poderia se apegar aos valores e não diretamente às necessidades⁴⁷. Assim, seriam os valores os critérios para as necessidades, e não o inverso,⁴⁸ o que evidencia o relativismo axiológico a que chegou Heller.

Ora, fica patente a inconsistência, uma vez que, se na sociedade atual as necessidades são todas meras necessidades quantitativas marcadas pela dominação, e, portanto, incompatíveis com o valor supremo da liberdade, enquanto não eliminadas tais relações de instrumentalização “tudo vale igual” e não haveria, aí, qualquer parâmetro normativo a partir das necessidades que possa fundamentar a (longa) transição entre uma sociedade de dominação e uma sociedade de liberdade. Heller agrava a aporia, ao sustentar que sequer o sistema institucional democrático estaria legitimado a optar entre distintos sistemas de necessidades. Afirma ingenuamente que essa escolha caberia apenas ao debate civil interpessoal, sem qualquer reflexo no sistema de poder.⁴⁹ Desta forma, não resulta daí qualquer institucionalidade que venha a operar a transformação pretendida. Por decorrência dessas deficiências, ao final só lhe resta apelar a um nostálgico “elitismo democrático” que fomente uma imaginação social alternativa.⁵⁰

Além disso, se são reconhecidas quaisquer necessidades, desde que conscientemente manifestadas, chega-se ao subjetivismo extremo de não

⁴⁷ Já em 1993, em **Una revisión de la teoría de las necesidades**, p. 119, escreve que: “Después de todo, son los valores los que constituyen las necesidades y las diferencian y, por otra parte, las necesidades son evaluadas culturalmente, y con frecuencia también moralmente.”

⁴⁸ AÑON, ob. cit., p. 90.

⁴⁹ HELLER, ¿Se puede hablar de necesidades “verdaderas” y de “falsas” necesidades ?, In HELLER, **Una revisión de la teoría de las necesidades**, p. 80-82.

⁵⁰ Idem, **Una revisión de la teoría de las necesidades**, p. 121-122.

considerar necessidades das quais os próprios sujeitos não sejam conscientes justamente por serem vítimas de processos acentuados de dominação. Entra, aqui, toda a questão do caráter capacitante da satisfação das necessidades para alcançar-se uma autonomia crítica.⁵¹ Nessas condições, não são incomuns situações em que a discriminação se instala em um sistema de valor que acaba sendo acriticamente aderido pelas próprias vítimas que “naturalizam” a discriminação e a opressão.⁵² Pense-se em uma moralidade compartilhada que resulta na discriminação do nível de renda entre homens e mulheres ou entre negros e brancos e que seja internalizada pelas próprias vítimas. O relativismo extremado a que chegou Heller não teria como criticar um tal sistema de valores e acaba sendo funcional para os dominadores. Por isso, sua posição não se revela melhor que aquela do objetivismo crítico elitista, contra o qual se volta, e que discerne entre necessidades verdadeiras e falsas.

Desse debate, resulta evidenciado que, se de um lado, o extremo objetivismo em matéria de necessidades pode levar a um elitismo perigoso, por outro, o próprio pluralismo axiológico depende de alguma objetividade quanto às necessidades da corporalidade humana. Valores sozinhos não possibilitam fundamentar direitos fundamentais e tampouco servem para fundamentar a ética. A fundamentalidade dos direitos resultaria inteiramente contingente, perdendo seu fundamento normativo indispensável às condições prévias para uma convivência pluralista. Contudo, apenas o absolutismo procedimentalista também é

⁵¹ A respeito, SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo, Cia. das Letras, 2000, p. 82 e passim. DOYAL e GOUGH, ob. cit., passim.

⁵² Sobre a banalização da injustiça nas relações de trabalho, ver DEJOURS, Christophe. A banalização da injustiça social. Rio de Janeiro, FGV, 3ª ed., 2000.

insuficiente. Neste ponto, tem razão Pérez Luño ao dizer que sem o substrato empírico-antropológico da teoria das necessidades o procedimentalismo pode desembocar “en el más abstracto formalismo”⁵³. Em contrapartida, ao reforçarem-se os critérios valorativos com marcos de factibilidade de reprodução e desenvolvimento da vida – aqui com Dussel e Hinkelammert e à revelia de Pérez Luño –, pode-se avaliar, desde dentro, um dado sistema de divisão social do trabalho que estrutura a produção, distribuição e transformação dos bens, objetos e relações em satisfação de necessidades, em qualquer forma de vida.

2) Hinkelammert e Mora explicitam essa via, elaborando cinco critérios de avaliação de qualquer sistema de divisão social do trabalho. Desses critérios resulta claro que as necessidades demarcam o campo de variabilidade válida dos valores, mas, por outro lado, não os esgotam. Os dois primeiros são critérios de sustentabilidade, dos quais derivam os demais, sendo que o terceiro critério é inerente apenas à sociedade atual⁵⁴:

a) *critério de consistência formal*: este plano se refere à relação de complementaridade e interdependência, no tempo e no espaço, entre os múltiplos processos de trabalho especializados que constituem o processo produtivo, quanto ao fornecimento de insumos àqueles processos de trabalho e quanto ao fornecimento dos bens de consumo “desejados” pelos produtores (ainda fazendo abstração de suas necessidades, enquanto meros desejos de consumo). Este constitui o aspecto normalmente privilegiado pela ciência econômica tradicional;

⁵³ PÉREZ LUÑO, ob. cit., p. 169.

⁵⁴ HINKELAMMERT e MORA, **Hacia una economía para la vida**, p. 112-128.

b) *critério de factibilidade material*: neste plano, somente são factíveis os sistemas de divisão social do trabalho cujo produto líquido assegure a todos os sujeitos produtores a realização de um conjunto historicamente determinado e em progressivo desenvolvimento de necessidades biológicas e socioculturais.⁵⁵ Somente com essa referência material à corporalidade é que a consistência formal tem sentido – não é difícil imaginar um aproveitamento ótimo de fatores produtivos que leve à destruição em massa de populações;

c) *critério de maximização do produto efetivo*: a consistência formal não implica necessariamente a maximização do produto. Esta é uma característica de nossa sociedade, inexistente em outras sociedades históricas, que não tinham esse perfil maximizador. A escolha entre as várias técnicas produtivas e graus de investimento com vistas à maximização está sobredeterminada pelo critério de factibilidade;

d) *critério de maximização do produto potencial real*:⁵⁶ a par de maximizar o produto efetivo, trata-se observar o impacto dessa maximização nas fontes de riqueza, quais sejam, o trabalho (não desperdício de potencial produtivo, deterioração de vidas humanas) e a natureza (sustentabilidade ecológica), já que tais desperdícios devem ser considerados custos de reprodução das condições materiais da vida;

⁵⁵ A referência ao “progresivo desarrollo de las necesidades humanas, alejando a la sociedad del umbral siempre incierto de la mera subsistencia y la amenaza de la extinción” foi acrescida na 2ª edição da obra em referência, ainda inédita, e facilitada pelos autores.

⁵⁶ Neste tópico também houve importantes alterações no texto da 2ª edição, aqui observadas.

e) *critério de humanização*: trata-se de um critério qualitativo, de eleição de uma maneira de viver, que implica uma certa renúncia à maximização e, portanto, a determinados fins possíveis, dentro dos marcos de factibilidade.

Ainda que tais critérios possam ser debatidos e aprimorados, o relevante é que demonstram o domínio delimitado da factibilidade ao qual se circunscreve a variação válida dos valores. Caberia, porém, seguindo às considerações feitas por autores como Amartya Sen⁵⁷ e Doyal e Gough⁵⁸ desdobrar o critério de factibilidade material em termos de:

b.1.): **produção**: não se trata apenas da quantidade do produto, mas de sua composição e qualidade, em termos de potencial de satisfação de necessidades. Uma produção de “artigos de luxo”, carente de bens satisfatores de necessidades e bens de capital, por mais que aumente o PIB, não atenderia esse critério;

b.2.): **distribuição**: possibilitar o acesso e efetiva aquisição dos satisfatores pelas unidades de consumo (grupos sociais, famílias) e entre os indivíduos no seu interior;

b.3.) **transformação** dos bens distribuídos em satisfação de necessidades, pois a capacidade de fazê-lo a partir de iguais medidas de bens é desigual, em razão de fatores individuais, sociais, físicos, culturais, ambientais, e mesmo do grau de satisfação de outras necessidades, de modo que a igualdade de acesso não assegura a igualdade de transformação. Por exemplo, o excesso de horas de trabalho ou limitações físicas impactam negativamente sobre a

⁵⁷ SEN, ob. cit., *passim*.

⁵⁸ DOYAL e GOUGH, ob. cit., p. 286-297, que já incorporam a crítica de SEN.

transformação dos bens acedidos com a renda do trabalho em satisfação de necessidades.⁵⁹

Por outro lado, os marcos de factibilidade indicam, mais que condições prévias à satisfação de necessidades, os limites éticos, políticos e jurídicos que invalidam normativamente as opções que os transbordem. Tais limites vão restringindo gradativamente, sem esgotá-lo, o campo de variabilidade dos valores, que fica circunscrito ao espaço entre as diversas soluções factíveis e a solução ótima:

Luego, para garantizar el *equilibrio sostenible* de un sistema de división social del trabajo, existirán siempre un sinnúmero de soluciones que son formalmente consistentes. De ellas, un número menor de soluciones son materialmente factibles. De estas soluciones factibles, apenas una es maximizadora u óptima (del producto potencial). La humanización tiene que realizarse en el margen que queda entre las soluciones factibles y la solución óptima. La existencia y el aprovechamiento de este margen es precisamente el “reino de la libertad”, que depende del reconocimiento

⁵⁹ A incorporação deste aspecto à teoria das necessidades é essencial para atender às críticas feitas por Amartya Sen a outras versões dessa teoria, assim como à teoria dos bens primários de Rawls e da igualdade de recursos de Dworkin, por centrarem-se nos bens ou recursos sem levar em conta a heterogeneidade das pessoas e suas diferentes possibilidades de transformá-los em efetiva liberdade. SEN, Amartya, **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo, Cia. das Letras, 2000, p. 90-96 e *passim*. Para uma análise dessas críticas, ver URQUIJO ANGARITA, Martín Johani. **El enfoque de las capacidades de Amartya Sen: alcance y límites**. Valencia, Espanha, Tese de doutoramento apresentada ao Departamento de Filosofia do Direito, Moral e Política, Universidade de Valencia, 2007, p. 151-181. Ainda, GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. São Paulo, Martins Fontes, 2008, p. 72-77. Opina-se, contudo, que URQUIJO não logra demonstrar nenhuma primazia do enfoque das capacidades sobre o enfoque das necessidades, uma vez que seja efetuada retificação para atentar-se às diferentes capacidades de transformar bens e recursos em satisfação de necessidades, embora logre fazê-lo em relação aos enfoques dos bens e dos recursos. Os dois primeiros enfoques, das capacidades e necessidades, ademais, têm mais intersecções e complementaridades que incompatibilidades. Nada impede que necessidades sejam conceituadas como condições para o exercício de capacidades, que por sua vez engendram novas necessidades. Não obstante, o enfoque das necessidades, a partir do sujeito vivo, propicia um enlace normativo material universal (necessário e insuficiente) mais consistente que aquele das capacidades em Sen, uma vez que, como sustenta Dussel, a vida não é um valor, como a liberdade, mas o modo de realidade do humano, a partir do qual se abre a questão dos valores, inclusive a liberdade. Dizer-se, como Urquijo, ob. cit., p. 258, que “es desde el valor de la libertad de donde se adquiere una valoración sobre la vida” consiste numa grave inversão.

continuo del “reino de la necesidad”, es decir, de las soluciones factibles.⁶⁰

2.3.3. Necesidades, preferências, interesses e desejos

A partir da racionalidade reprodutiva, que delimita os marcos de factibilidade das escolhas, fica mais evidente que necessidades não são redutíveis a preferências, o mesmo valendo para interesses ou desejos. “La satisfacción de las necesidades hace posible la vida, la satisfacción de las preferências puede hacerla más o menos agradable.” Contudo, para poder ser agradável, é preciso, antes, como condição lógica, que a vida seja possível.⁶¹ As necessidades, portanto, expressam uma prioridade sobre interesses, preferências ou desejos, que lhes impõe limites.

Essa prioridade advém da **objetividade das necessidades**, o que decorre de uma opção teórica de diferenciá-las de outros conceitos que se reportam a aspectos ligados à motivação ou à vontade. Desejos, interesses e preferências dizem respeito à esfera da volição.⁶² Enquanto preferências e interesses são conscientes, desejos podem ser conscientes ou inconscientes. Já as necessidades são involuntárias.⁶³ A diferença entre necessidades e desejos fica explícita quando se diz: “desejo intensamente fumar, mas necessito parar,

⁶⁰ HINKELAMMERT e MORA, **Hacia una economía para la vida**, p. 127. Texto de acordo com a 2ª edição, inédita.

⁶¹ HINKELAMMERT e MORA, **Hacia una economía para la vida**, p. 35.

⁶² GUSTIN, Miracy. **Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito**. Belo Horizonte, Del Rey, 1999, p. 23.

⁶³ LUCAS, Javier de e AÑON ROIG, Maria José, **Necesidades, razones, derechos**, In Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante, 1990, n. 7, p. 61. Em sentido diverso, HELLER, ob. cit., para quem todas as necessidades são conscientes.

pois minha saúde está abalada”.⁶⁴ Pode-se desejar ou não algo necessitado e mesmo desejar o oposto do que determina uma necessidade, de modo que no conceito de necessidade não está implícita a desejabilidade do necessitado. O “necessitar”, no sentido de ter uma necessidade, é algo independente do aspecto voluntário ou intencional,⁶⁵ e mesmo do desejo,⁶⁶ ainda que a realização dessa necessidade possa implicar uma atividade intencional, como é o caso do trabalho. O necessitar do trabalho é involuntário, ainda que o trabalho seja sempre intencional.

O que determina esse caráter objetivo das necessidades é que ele pode ser expressado publicamente em termos de uma razão objetiva que justifica que a satisfação dessa necessidade é uma mediação necessária, em última instância, para a reprodução e desenvolvimento da vida de sujeitos concretos. O desejo de fumar não afasta a necessidade de parar de fumar, pois isto é uma condição para a reprodução da vida desse sujeito. Também é por isso que pode a mãe dizer ao filho “mesmo que você prefira ver TV, você precisa ir à escola”, justificando-o por razões de necessidade, ao passo que tais razões não são comparáveis à reação do filho dizendo “mas eu tenho vontade de ficar vendo TV” – razões de preferibilidade. Por fim, no que diz respeito aos interesses, embora estes também possam ser publicamente justificados por razões objetivas, somente quando se referem a necessidades é que se vinculam ao critério de reprodução e

⁶⁴ DOYAL e GOUGH, ob. cit., p. 68.

⁶⁵ PLANT, Raymond. **Needs, rights and welfare**. In VVAA, *Political Philosophy and Social Welfare*, Routledge and Kegan Paul, London, 1980, p. 30.

⁶⁶ Aqui se abre todo um campo de intersecção entre a teoria das necessidades e a psicanálise, à medida que desejos expressam necessidades da corporalidade. As necessidades pretendem dizer aquilo que o desejar expressa em termos de exigências da corporalidade. Contudo, há uma profunda diferença entre o objeto desejado e o objeto necessitado. Aprofundar este aspecto, porém, extrapolaria as possibilidades deste trabalho.

desenvolvimento da vida humana e podem ser articulados em termos de razões prioritárias sobre as razões de mera preferência.

A pretensão das teorias de necessidades, portanto, é obter um critério avaliativo que independe das preferências subjetivas, fornecendo razões objetivas para pretensões e propiciando a fundamentação de direitos.⁶⁷ Nada impede que o conteúdo de interesses, preferências ou desejos específicos eventualmente coincida com o de necessidades, mas são estas que fornecem àqueles as razões objetivas para o seu atendimento.

Neste ponto, situa-se um dos aspectos mais delicados da teoria contemporânea das necessidades. Dada a dificuldade de se definirem positivamente as necessidades, sem recair-se em uma posição fisiologista de necessidades, as principais teorias recentes vêm tentando precisar o caráter normativo das necessidades a partir de um critério negativo: o dano.⁶⁸ Necessidades se diferenciam de meros interesses, preferências ou desejos quando a sua não realização resulta em um dano sério às potencialidades humanas – à saúde física, no primeiro exemplo acima, do fumo; ao desenvolvimento da capacidade de autonomia, no segundo exemplo, da televisão –, afetando negativamente a participação ativa e crítica na comunidade, prejuízo

⁶⁷ LUCAS e AÑON ROIG, ob. cit., p. 61.

⁶⁸ Para uma análise dessas teorias, ver AÑON, ob. cit., 150-193. Não se trata, porém, do critério dúplice de dano, estabelecido por John Stuart Mill, que separa o âmbito do benefício ou dano individual, que seria incognoscível para terceiros e inteiramente relegado à autonomia individual, do âmbito intersubjetivo em que o dano aos demais justificaria a intervenção da sociedade. Nessa versão “o único propósito para o qual o poder possa ser legalmente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, seja evitar dano a outros.” MILL, John Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. São Paulo, Escala, 2006, p. 27. Tal concepção, que compatibilizou o utilitarismo com o liberalismo, está na base da noção de autonomia de Carlos Santiago NINO, pela qual o jusfilósofo argentino sustenta haver um importante lugar para as necessidades em uma concepção liberal. NINO, C.S. **Autonomía y necesidades básicas**, ob. cit., p. 21-34. Idem. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona, Gedisa, 1997, p. 75-78.

este que perdura enquanto tal privação permanecer. É essa negatividade de um dano que se mantém enquanto não forem atendidas, que possibilita um juízo objetivo sobre as necessidades, atribuindo-lhes o caráter obrigatório e diferenciando-as de meros interesses, preferências, ou desejos.⁶⁹

Nas palavras de Miracy Gustin:

Como dano, privação ou sofrimento grave entende-se tudo aquilo que interfere, de forma direta ou indireta, no plano de vida da pessoa ou do grupo em relação às suas atividades essenciais, inviabilizando-as ou tornando-as insuficientes.⁷⁰

A compreensão das necessidades a partir de uma conceituação negativa, de prejuízo grave ou dano, tem vantagens evidentes, ao passo que introduz um risco importante.

As vantagens vão no sentido de propiciar maior objetividade ao conceito, possibilitando erigir-se um critério normativo a partir de necessidades. O dano inafastável sem a realização da necessidade é uma medida não variável que se refere, por sua vez a padrões variáveis. O critério de dano se associa ao padrão de vida, que é relativamente oscilante em cada contexto. Relata Adam Smith, vivendo na Europa no século XVIII, que “um trabalhador diarista respeitável

⁶⁹ Para LUCAS e AÑON ROIG, ob. cit., p. 58: “A través de esa idea se quiere expresar que la carencia de aquello que se necesita repercute directamente en la calidad de vida humana y que tal perjuicio respecto a algún aspecto de la vida, se mantiene a menos que se satisfaga la necesidad en cuestión, no habiendo otro tipo de alternativas, por tanto no es un mero contratiempo pasajero, sino una ‘degeneración’ permanente de la calidad de vida humana que se mantiene en tanto no se obtiene la satisfacción adecuada”. Em Amartya SEN, **Desenvolvimento como liberdade**, São Paulo, Companhia das Letras, 2000, p. 28-29, 95 e passim, a passagem do “ser” das necessidades para o dever-ser, dá-se pelo conceito negativo de privação de capacidades (*capabilities*), que gera privação de liberdade, ou seja, o impedimento de potencialidades humanas cuja realização é factível, mas não se dá pela ausência de funcionamentos necessários ao exercício livre dessas potencialidades. Também DOYAL e GOUGH, ob. cit., p. 78-80, sustentam o critério de prejuízo grave: “Estar perjudicado gravemente significa por tanto estar básicamente incapacitado en la búsqueda de la visión propia de lo bueno. Pensada en estos términos, la objetividad del perjuicio queda garantizada por medio de su no reductibilidad a sentimientos subjetivos contingentes como la ansiedad o la tristeza.”

⁷⁰ GUSTIN, ob. cit., p. 27.

sentiria vergonha de aparecer em público sem uma camisa de linho”⁷¹, o que, hoje, seria inteiramente dispensável. Há sempre uma ampla margem de variabilidade dos bens, ainda que dentro de marcos de invariabilidade: algum tipo de alimento é sempre necessário, assim como algum tipo de trabalho, de educação, de cuidado à saúde, de expressão artística, etc. Mas, independentemente da relatividade dos bens próprios de uma sociedade histórica, a privação de algo relevante para participar dessa específica forma de vida, seja qual for, desde que factível, não é relativa, mas absoluta. Trata-se daquilo que é necessário para a participação ativa e crítica em alguma das várias formas factíveis de vida, seja ela qual for. E isto está sempre vinculado à corporalidade humana, que não é infinitamente elástica. O dano, assim, se torna objetivo, apesar da relatividade do padrão cultural.

Além disso, centrar o foco nas condições sem as quais se prejudica gravemente a reprodução e desenvolvimento da vida em comunidade acentua a vinculação das necessidades à corporalidade humana – no sentido amplo explicitado a seguir. A negação dessas condições pode ser vista, então, como produto dos processos sociais de dominação e discriminação no acesso à produção e distribuição dos bens satisfatores. Se, em vez de falarmos de necessidades, o fazemos apenas de preferências, a negatividade produzida pela dominação e exploração se invisibiliza.⁷² É a visão do homem como um ser sem necessidades, mas com meros gostos ou preferências subjetivas, que está na

⁷¹ *Apud* SEN, ob. cit., p. 94.

⁷² SÁNCHEZ RUBIO, *Filosofía, derecho y liberación en América Latina*, p. 190.

base da teoria econômica neoclássica⁷³ e que segue sobredeterminando o discurso jurídico sobre o trabalho.

“Si al proceso económico se lo ve exclusivamente desde el punto de vista de las preferencias de consumidores en el marco de cálculo de escasez de todos los actores, desaparece el punto de vista de la reproducción del ser humano y de la naturaleza”.⁷⁴

Este ponto de vista da reprodução – e, com Dussel, desenvolvimento – da vida do ser humano, o que inclui o seu *habitat* planetario, é que instaura a racionalidade reprodutiva.

Por outro lado, a compreensão das necessidades como privação ou grave prejuízo traz consigo o risco, com o qual se viu o Estado de bem-estar ao absolutizar a racionalidade meio-fim, que é o de deslocar o problema da satisfação das necessidades a um marco de meras prestações de subsistência, “um marco em que a mera reprodução da força de trabalho é a protagonista”.⁷⁵ Ou seja, substitui-se o caráter fundamental do direito ao trabalho enquanto via essencial de mediação autônoma da satisfação das necessidades, pela instrumentalidade da reprodução da força de trabalho de modo funcional à reprodução do sistema capitalista. Inverte-se, assim, o pólo de referência das necessidades, da corporalidade humana para a reprodução do capital. Expurgar esse risco é o que se pretende na continuidade da investigação.

⁷³ HINKELAMMERT, *Crítica de la razón utópica*, p. 149.

⁷⁴ HINKELAMMERT e MORA, *Cordinación social del trabajo*, p. 269.

⁷⁵ SÁNCHEZ RUBIO, *Direitos humanos, ética da vida humana e trabalho vivo*, in WOLKMER, ob. cit., p. 171.

3.3.4. Utilidades e a dupla redução moderna do trabalho

Pretende-se que necessidades, uma vez explicitadas em sua objetividade, propiciem um critério normativo. Ou seja, propiciem boas razões, não só para a existência de direitos fundamentais, em especial o direito do trabalho, mas também para que, ao fazê-lo, contribuam para a explicitação do conteúdo e das condições de implementação dos direitos.⁷⁶ A argumentação embrenha-se entre duas cercas de espinhos venenosos: de um lado o relativismo, de outro a redução das necessidades à mera subsistência funcional ao sistema. Vimos diferenciando necessidades de valores, estabelecendo um primeiro critério normativo a partir das necessidades enquanto marcos de factibilidade, distinguindo ainda necessidades de preferências, interesses e desejos e situando sua objetividade com o apoio em um critério de dano. Cumprir o intento de atravessar essa trilha perigosa tem como requisito, ainda, diferenciar necessidades da noção de **utilidades**.

Esse debate é essencial, à medida que uma parte significativa da história recente da teoria das necessidades se deu em torno do utilitarismo⁷⁷ e de sua apropriação, quer no âmbito de políticas de inspiração neoliberal, quer no âmbito de políticas de bem estar social.⁷⁸ Considera-se que a redução das necessidades a utilidades implica a desconexão entre bens e valores de uso, assim como entre necessidades e corporalidade humana, resultando na primazia

⁷⁶ Nesse sentido, LUCAS e AÑON ROIG, ob. cit., p. 75-77.

⁷⁷ Para um exame crítico das diversas perspectivas utilitaristas e das críticas a estes, ver CARVALHO, Maria Cecília Maringoni. **O utilitarismo em foco: um encontro com seus proponentes e críticos**. Florianópolis, EdUFSC, 2007.

⁷⁸ DOYAL e GOUGH, ob. cit., p. 34-35. HINKELAMMERT e MORA, **Hacia una economía para la vida**, p. 230-231.

das necessidades do capital sobre as necessidades das pessoas humanas. É esse o prejuízo que se descreve a seguir.

Todas as necessidades, físicas, culturais, espirituais, demandam bens satisfatores, materiais ou imateriais, que são valores de uso, produzidos no processo de divisão social do trabalho, conceitos estes essenciais para a economia clássica. A subordinação das necessidades humanas e da divisão social do trabalho não mais ao sustento humano – o ser humano como fim – mas à valorização do capital – o ser humano como meio para esse fim – “tem sido o traço marcante do sistema do capital desde o seu início”.⁷⁹

É, porém, com o utilitarismo de Jeremy Bentham, depois incorporado pela economia neoclássica, que a utilidade dos bens satisfatores de necessidades abstrai da incomensurabilidade dos seus valores de uso para, agora, pressupor a intercambialidade entre a utilidade dos bens. Essa manobra é indispensável para a viabilidade da fórmula benthamiana da “maior felicidade para o maior número”, que funda o cálculo utilitarista. Nessa perspectiva, as ações, regras, instituições, devem ser julgadas somente pelas conseqüências que geram em termos de maior utilidade total produzida.⁸⁰ Se há, na visão utilitarista, um importante alerta para atentar-se às conseqüências concretas na vida das pessoas, a leitura dessas conseqüências em termos de “utilidades” esvazia o mérito do alerta.

⁷⁹ MÉSZÁROS, István. **Para além do capital: rumo a uma teoria da transição**. São Paulo, Boitempo/EdUnicamp, 2002, p. 606.

⁸⁰ SEN, ob. cit., p. 77-78.

Ora, não faz sentido valorar, segundo um homogêneo grau de satisfação medido por um hipotético “utilitômetro”⁸¹, a opção entre ler um Guimarães Rosa e comer os deliciosos pães de queijo da padaria da esquina. Tanto pães quanto livros podem ser úteis e agradáveis, mas pães não se lêem nem livros se comem. São meios para necessidades não só distintas, mas não intercambiáveis, incomensuráveis entre si. Os bens satisfatores de necessidades são valores de uso singulares e não valores de troca abstratos. A diversidade entre eles é qualitativa e não quantitativa.⁸² Essa infungibilidade refere-se não só às propriedades dos bens como valores de uso, decorre também do fato de que cada sujeito tem distintas necessidades e distintas capacidades para transformar bens em satisfatores de necessidades, de modo que bens idênticos têm, para cada uma delas, diferentes valores de uso. Desta forma, somente poderosas abstrações são capazes de possibilitar a intercambialidade entre distintos valores de uso e transmutá-los em utilidades homogêneas, para que sejam mensuráveis e calculáveis em termos de um *quantum* total de utilidade.

O objetivo declarado de tal abstração, em sua concepção mais acabada, aquela levada a efeito pelo utilitarismo, seria a matematização da moral, mediante o cálculo racional da maior utilidade – ou satisfação, prazer, felicidade – possível. Como ressalta Hannah Arendt, para Bentham era necessário converter a utilidade, até então entendida como valor de uso e que, assim, “não é mensurável e, portanto, não ‘nos leva a considerar o *número*’, sem o qual a ‘formação do critério de certo e errado’ seria impossível”. Assim, a fórmula da “maior felicidade

⁸¹ A expressão é usada por SHAPIRO, ob. cit. p. 32.

⁸² HINKELAMERT e MORA, **Hacia una economía para la vida**, p. 32-33.

para o maior número”, é deduzida da utilidade mediante a separação da utilidade da noção de uso.⁸³

Bentham, no século XVIII, acreditava na possibilidade de um terceiro calcular a utilidade de um bem ou medida, comparando o maior ou menor grau de prazer que propicie a distintos sujeitos. Assim, alguém, de posse do “utilitômetro”, estaria legitimado a uma intervenção geral na liberdade de ação para maximizar a soma total de utilidades. São conhecidos os problemas dessa visão, sendo os exemplos mais típicos a possibilidade de defesa da eugenia, racismo ou infanticídio.

Já os economistas neoclássicos transferiram a crença nos poderes do “utilitômetro” para o mercado, que cumpriria essa função definidora. Segundo Vilfredo Pareto, é impossível, além de desnecessário, fazer comparações interpessoais entre o grau de utilidade de uma medida para diferentes sujeitos afetados. Essa doutrina introduziu no utilitarismo a ideia da autonomia individual, em uma versão abstrata de maximização individual de utilidades, pela qual toda pessoa é independente para decidir suas preferências.⁸⁴

O grande mediador das utilidades abstratas seria, assim, o dinheiro. Embora o dinheiro, como expressão última da quantificação utilitária, possa ser um mediador universal, que permitiria a cada qual transformá-lo em

⁸³ Para a filósofa alemã, esta separação, que constitui um marco na história do utilitarismo, esvaziando radicalmente a ideia de utilidade do mundo das coisas em função de seu uso pelo homem “transformou o utilitarismo num egoísmo verdadeiramente ‘universalizado’ (Halévy).” Essa transformação afetou radicalmente os destinos produção moderna, pois “o produto final do processo de produção já não é um fim verdadeiro e a coisa produzida é avaliada não em relação ao seu uso predeterminado mas em relação à sua capacidade de ‘produzir outra coisa’, então pode-se obviamente objetar ‘que ... seu valor é apenas secundário, e um mundo que não contém valores primários tampouco pode conter valores secundários’ (Lafleur)”. ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2004, p. 321-322.

⁸⁴ Cf. SHAPIRO, ob. cit., p. 50-70.

satisfatores de suas necessidades qualitativas⁸⁵, propriedade enfaticamente comemorada por Heller, há inúmeras necessidades que não são passíveis dessa conversão, como as necessidades espirituais, assim como, de resto, em maior ou menor medida, todas as demais. Amartya Sen deu contornos definitivos à demonstração dessa limitação, ao evidenciar que a pobreza vai muito além do aspecto da renda. Mas não se trata só de que o dinheiro nem sempre possa mediar a satisfação pessoal de necessidades. O que caracteriza os nossos tempos é que também o dinheiro deixou de estar funcionalizado como um possível mediador das necessidades. Como já demonstrara Polanyi, na primeira metade do século passado⁸⁶, essa mediação das necessidades da vida pelo dinheiro foi substituída pela sua inteira funcionalização à maximização da rentabilidade.

Diferentemente das necessidades, as utilidades perdem o seu vínculo com a corporalidade humana. Embora, no utilitarismo clássico, o critério de felicidade esteja vinculado à corporalidade pelas noções de prazer e dor, nessa concepção o valor dos bens é determinado apenas por um único critério, pelo desejo, como demanda por prazer.⁸⁷ Tal posição, desde logo, afronta a

⁸⁵ É notório o slogan de uma companhia de cartão de crédito que expressa essa utopia.

⁸⁶ POLANYI, **A grande transformação**, p. 89-98. Idem. **El sustento del hombre**, Barcelona, Mondadori, 1994, p. 155-203, onde descreve minudentemente a importância e as funções do dinheiro como mediador na satisfação das necessidades nas várias sociedades. Essa mediação é inteiramente transformada quando, por consequência da introdução do sistema fabril numa sociedade mercantil, o trabalho, a natureza e o dinheiro passam a ser tratados como mercadorias fictícias e reguladas pelo sistema de preços no mercado, de modo que “quaisquer medidas ou políticas que possam inibir a formação de tais mercados poriam em perigo, *ipso facto*, a auto-regulação do sistema. [...] Seguindo-se esse raciocínio, a sociedade humana tornara-se um acessório do sistema econômico.” A sociedade humana só não foi aniquilada em função das iniciativas institucionais de controle desse mecanismo destrutivo, para regular esses três mercados essenciais. **A grande transformação**, p. 94-97. O que se assistiu nas últimas décadas foi o progressivo dismantelamento dessas mesmas instituições, sob a mesma e renovada crença na autonomia autorreguladora dos mercados. O ano de 2008 marca uma nova derrocada dessa utopia, que deixa rastros não intencionais de desequilíbrios econômicos, experimentados sempre como acentuação da miséria dos mais vulneráveis.

⁸⁷ Ressalva-se, neste aspecto, a posição de G. E. Moore, que negava essa prioridade do prazer, acrescentando que algo não é bom por ser desejado mas é desejado por ser bom, o que, inclusive o excluiria de ser

experiência, pois há muitas coisas desejáveis pelas pessoas, além do prazer. Muitas vezes, aquilo que mais desejamos só se obtém com sacrifício e dor e o esforço é, por si, uma parte relevante do desenvolvimento da corporalidade.

Ademais, uma corporalidade vista assim não tem necessidades que não sejam redutíveis à mera utilidade do consumo de bens no mercado.⁸⁸ A compulsão para o consumo, que nossa sociedade produz, é alheia e mesmo avessa à efetiva satisfação de necessidades que tal consumo produza. Mais intensa será a procura de bens, quanto maior for a insatisfação das necessidades.⁸⁹ Tal desgarramento da corporalidade acarreta a degradação dos valores, pela perda do seu referencial concreto. Sua exacerbação levaria à conclusão moral absurda, já identificada por Nozick, de que o melhor dos mundos seria aquele em que os corpos dos indivíduos estariam ligados a máquinas sensoriais de prazer e eliminação da dor, enquanto bóiam, sem saber, em tanques insosos.⁹⁰

Mas o problema central está em que, na versão dos economistas neoclássicos, o utilitarismo acaba por perder definitivamente até mesmo esse remoto contato com as necessidades da corporalidade, substituindo a medida de máximo prazer para o maior número de pessoas por um equilíbrio nas trocas cujo

considerado propriamente um utilitarista, como sustenta Darlei DALL'ANGNOL. **Valor Intrínseco: Metaética, ética normativa e ética prática em G. E. Moore.** Florianópolis, Editora da UFSC, 2005, p.266-283. Outras versões do utilitarismo vão afastar-se do rigor hedonista de Bentham, substituindo o prazer, como medida da felicidade, por meras preferências, interesses ou bem-estar, mas com isso degradam ainda mais o seu fundamento normativo. É o caso de John C. Harsanyi. Cf. VITA, Álvaro. **O que há de errado com o utilitarismo de preferências?** In CARVALHO, ob. cit., p. 201-231.

⁸⁸ DUSSEL, **Ética da libertação**, p. 108-115, onde o autor destaca, ainda, que a ética utilitarista desconsidera que a produção dos produtos que fazem a felicidade dos consumidores é a causa da infelicidade da maioria dos produtores (trabalhadores). Essa contradição só pode ser (falsamente) resolvida pela mística da mão invisível, introduzida por Adam Smith, que assegura que a busca do autointeresse levará à maior utilidade possível para todos.

⁸⁹ AÑÓN, ob. cit., p. 56.

⁹⁰ Cf. SHAPIRO, ob. cit., p. 35.

ponto ótimo pode significar a morte por inanição de parcela da população. A utilidade ótima não leva em consideração a dignidade de todos e de cada um. Deste modo, se o gozo máximo de alguns, com a aniquilação dos restantes, resulta em resultado matemático maior que o gozo mediano de todos, é a primeira situação aquela que deve ser alcançada. Diante dessa “utilidade ótima” não haveria qualquer base que legitime a intervenção da sociedade. O utilitarismo de Pareto vê como positivas ou indiferentes, do ponto de vista da maior utilidade subjetiva, situações inaceitáveis do ponto de vista da realização das necessidades pessoais. Com razão, neste ponto, Shapiro, ao dizer que a optimalidade de Pareto somente é atraente para os já se encontram favorecidos pelo estado atual de coisas:

As pessoas que possuem uma grande quantidade daquilo que outras necessitam podem induzi-las a concordar “voluntariamente” em se tornar prostitutas, em trabalhar por salários de fome, em vender a si próprias como servos sem registro, ou mesmo, em alguns casos, como escravos.⁹¹

A posição utilitarista – na versão do utilitarismo de preferências individuais – é flagrantemente inconsistente, à medida que a realidade dura de negação de satisfação das necessidades é determinante para a readequação e “rebaixamento” dos desejos, afetando, à partida, o próprio desejar de quem não percebe determinados bens como algo factível em sua vida e, portanto, sequer se lhe apresenta a perspectiva de preferir ou menos ainda de ter um direito a tal bem. O suprimento ou não de determinadas necessidades básicas pode afetar

⁹¹ SHAPIRO, ob. cit., p. 70. Note-se que, como o próprio autor sugere, p. 2, seu texto é utilizado, aqui, como fonte de explicitação do pensamento utilitarista, sem analisar-se a tese do próprio Shapiro quanto à legitimidade política. Os comentários sobre sua avaliação do marxismo não caberiam aqui.

intensamente a “preferibilidade” das pessoas em relação a um sem número de situações relacionadas ao trabalho, a exemplo da opção entre trabalhar e ir à escola de uma criança cujos pais não tenham condições de sustento. Assim, não há como propiciar-se qualquer critério moral, político ou jurídico decorrente da concepção de utilidade, seja em termos de comparação interpessoal, seja em termos de preferibilidade pessoal.⁹²

Cabe, agora, concluir o enlace entre a abstração das utilidades e o trabalho na sociedade contemporânea.

A supremacia do valor de troca, desgarrado dos valores de uso, foi essencial à implantação do princípio capitalista da produção como instrumento de valorização do capital.⁹³ Se algo é útil, para o consumidor, pela medida de prazer que lhe pode proporcionar ou por qualquer outra medida de felicidade, ao inverter-se o ponto de vista para aquele do sistema de produção, é útil aquilo que faz aumentar a produtividade. No dizer de Arendt, o princípio da utilidade, sob o moderno utilitarismo, “[...] deve referir-se basicamente não a objetos de uso, e não ao uso, mas ao processo de produção. Agora, tudo o que ajuda a estimular a produtividade e alivia a dor e o esforço torna-se útil.”⁹⁴

A concepção de trabalho, aí, se submete à noção tecnológica de **rendimento**, advinda da física. Se o trabalho é mero esforço necessário para a obtenção de um resultado na produção, o que se impõe é a obtenção de um produto máximo com um trabalho mínimo.⁹⁵

⁹² DOYAL E GOUGH, ob. cit., p. 50-51. VITA, ob. cit., p. 213-215. SEN, ob. cit., p. 81-82 e 87-88.

⁹³ MÉSZÁROS, **Para além do capital**, p. 606.

⁹⁴ ARENDT, **A condição humana**, p. 322.

⁹⁵ VATIN, ob. cit., p. 17.

Aparentemente, haveria aí uma exacerbação do produtivismo, como acredita Arendt. Neste aspecto, o utilitarismo representaria uma justificação moral da dinâmica capitalista sob o argumento da liberdade de escolha. Sem embargo, como demonstrou Marx – e é Agnes Heller quem o salienta, em sua primeira versão da teoria das necessidades – o produtivismo dos economistas clássicos não evidencia a essência do mecanismo capitalista, melhor traduzido pelo apenas aparente “produtivismo” utilitarista, pois “quién regula el mecanismo del capitalismo no es el principio ‘producción por la producción’, sino el principio ‘producción para la valorización’.”⁹⁶ Essa inversão – que nada mais é que a inversão da dignidade humana pela dignidade do capital – é explicitada nas palavras de Marx:

(...) a antiga visão na qual o ser humano aparece como a finalidade da produção, (...) parece muito grandiosa quando comparada ao mundo moderno, no qual a produção aparece como o objetivo da humanidade e a riqueza como o objetivo da produção.⁹⁷

Isso não significa que o trabalho, enquanto atividade de transformação do real, intercâmbio orgânico com a natureza, pela qual o homem, produzindo valores de uso, também constrói a si mesmo como indivíduo e a totalidade social, tenha desaparecido. O modo de produção capitalista sempre convive, hegemonicamente, com outros modos de produção, inclusive deles se aproveitando. Sem o trabalho concretamente realizado na produção de mercadorias que também são valores de uso, não existe produção de valor –

⁹⁶ HELLER, **Teoría de las necesidades en Marx**, p. 98.

⁹⁷ Marx, *Grundrisse*, apud MÉSZÁROS, **Para além do capital**, p. 606.

trabalho abstrato, na linguagem marxiana⁹⁸. Embora o capital somente possa valorizar-se, incorporando mais-valia, mediante processos de trabalho, o sentido da produção não é obter bens satisfatores de necessidades, mas o processo de autovalorização do capital por meio da apropriação do trabalho vivo, sendo meramente acidental a produção de valores de uso.⁹⁹ Por conseguinte, o que a utilidade valoriza é a eliminação máxima possível do trabalho humano e a sua máxima produtividade.

Mas a produtividade não tem por fim último a produção de bens satisfatores de necessidades. Uma vez que desconectado dos valores de uso e, em suma, do sustento humano como seu fim último, o princípio do capital não se destina à ampliação da base material para a satisfação de necessidades. Em vez disso, a produtividade está funcionalizada à valorização do valor, como um fim em si mesmo. Segundo Mészáros,

(...) já que o sistema produtivo estabelecido, sob a regência do capital, não pode reproduzir a si próprio, a menos que possa fazê-lo em uma escala sempre crescente, a produção deve não apenas ser considerada a finalidade da humanidade, mas – enquanto um modo de produção ao qual não pode haver alternativa – deve ser tomada como premissa que a finalidade da produção é a multiplicação sem fim da riqueza.¹⁰⁰

⁹⁸ Sérgio Lessa explicita a distinção entre as categorias trabalho e trabalho abstrato: “O trabalho abstrato é a relação social na qual é produzida mais-valia. Nesse sentido, todas as atividades humanas produtoras de mais-valia são trabalho no sentido de trabalho abstrato. O trabalho enquanto categoria fundante é o complexo que cumpre a função social de realizar o intercâmbio orgânico do homem com a natureza, é o conjunto de relações sociais encarregado da reprodução da base material da sociedade.” LESSA Sérgio. **Mundo dos homens: trabalho e ser social**. São Paulo, Boitempo, 2002, p. 30. Num mesmo ato empírico de “trabalho” pode-se ter apenas uma das duas categorias ou as duas.

⁹⁹ MARX, **Capítulo VI inédito de O Capital**, p. 73 e ss.

¹⁰⁰ MÉSZÁROS, **Para além do capital**, p. 612.

O resultado societal dessa dinâmica está diante dos nossos olhos: no momento em que o capitalismo se encontra no auge do seu poder produtivo e se obtém a maior capacidade técnica de produtividade de alimentos, além de outros bens essenciais, que a humanidade já teve, é quando atingimos a marca histórica máxima de 1.000.000.000 (um bilhão) de famintos no mundo. “Alguém pode pensar numa maior acusação para um sistema de produção econômica e reprodução social pretensamente insuperável do que essa (...) ?”¹⁰¹

Trata-se, pois, de uma dupla redução do sentido do trabalho, na modernidade. Reduzido inicialmente de dimensão essencial de atividade intencional de desenvolvimento das potencialidades humanas no intercâmbio orgânico com a natureza a um mero instrumento da produção (meio para um fim), ao final o trabalho, sob o paradigma do trabalho abstrato, esvazia-se inteiramente como mediação para a subjetividade e satisfação de suas necessidades, convertendo-se, aí, em exclusiva mediação para o capital. A redução produtivista do trabalho decai, no segundo momento em apenas um meio para a valorização do capital. O trabalho se reduz a produtor de valor – trabalho abstrato, uma condição material para o aumento da riqueza abstrata – autorrealização ampliada do capital –, por meio da apropriação do trabalho vivo no processo de produção de objetos desejáveis para o consumo, funcionalizando-se a produção humana à valorização contínua do capital e desqualificando-se o trabalho como produtor de valores de uso voltados à concretude necessitada do sujeito vivente.

Repisa-se, porém, aqui, nossa tese inicial: essa é a descrição do trabalho sob o capital. Este, como totalidade, nunca elimina inteiramente

¹⁰¹ Idem, **A crise estrutural do capital**, p. 21.

dimensões de exterioridade com que coabita, embora quase todo o trabalho na atualidade se submeta à forma de trabalho abstrato.

Portanto – e aqui ao revés do que afirma Arendt – a superlativização da utilidade no capitalismo não leva a modernidade à absolutização do âmbito da reprodução da vida pela hegemonia do **labor** (que, no caso de Arendt, significa a atividade correspondente ao processo de satisfação das necessidades da vida, entendida pela autora como mera vida física, biológica, do indivíduo ou da espécie¹⁰²). Se, como diz Marx, só no capitalismo se trabalha para viver, o ponto de chegada da pretensão totalizante do sistema, na verdade, é o da negação da reprodução da vida em nome da valorização abstrata do capital. O motor da produção é a valorização incessante do valor. Por isso, a racionalidade reprodutiva dos sujeitos produtores lhe é absolutamente estranha, embora com isso socave, como efeitos não intencionais e descontrolados, as próprias fontes de valor: o trabalho e a natureza. As necessidades do capital de valorização do valor recebem a primazia sobre as necessidades das pessoas humanas concretas. Nesses termos, a única entidade à qual se atribui verdadeira dignidade – qualidade que se defronta com qualquer sistema particular de valor – e que submete a tudo como meios para si, é ao capital. Tanto trabalhadores quanto capitalistas são submetidos – em condições desiguais, é certo – a essa lógica.¹⁰³

¹⁰² ARENDT, **A condição humana**, p. 15.

¹⁰³ Não se considera, assim, correta a afirmação de Gabriela DELGADO, baseando-se em Joaquim Salgado, de que “o indivíduo torna-se mero instrumento de realização das necessidades e desejos de outro, o detentor do capital – este sim considerado pessoa”. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo, LTr, 2006, p. 175. Embora seja evidente a desigualdade dessa relação de alienação do trabalhador frente ao capitalista, mesmo este, enquanto sujeito natural, é subsumido pelo capital, este sim, considerado pessoa. Marx

Dando desenvolvimento a sua teoria das necessidades, escrita em parceria com Len Doyal, Ian Gough expressa o crescente poder do capital, que resulta tanto em sua capacidade para definir as necessidades individuais, quanto para negar a sua satisfação, o que se evidencia na

creciente desigualdad en la distribución de los recursos mundiales, los crecientes índices de mortalidad y disolución social en Rusia, el virtual holocausto del SIDA en el Sur de África, la mercantilización de cada vez más aspectos de la vida, incluyendo la educación, la creciente inseguridad para muchos en los países más ricos y los grandes peligros para la ecología global. Estas son amenazas reales a las necesidades humanas y al bienestar global”.¹⁰⁴

Tal poder¹⁰⁵ se determina por sua capacidade de fazer sobrepor a simples necessidade do capital, de expansão contínua do valor, às necessidades complexas e multidimensionais das pessoas.

Trata-se de um sistema de relações sociais que, como mecanismo incontrolado, não conhece limites e somente pode se reproduzir socavando as bases de toda riqueza: o trabalho (humanidade, natureza interna) e a terra (natureza externa).

Diante dessas contingências, não se trata, contudo, de postergar a estruturação da satisfação das necessidades das pessoas para um futuro de superação do capitalismo. Coordenar a satisfação das necessidades no interior do

denominava a personificação do capital em capitalistas funcionalizados, como meras “máscaras de caráter do capital”.

¹⁰⁴ GOUGH, Ian. **Capital global, necesidades básicas y políticas sociales**. Buenos Aires, CIEPP/Miño y Davila, 2003, p. 20.

¹⁰⁵ Para GOUGH, idem, p. 39, são cinco as fontes do poder do capital: “Su control sobre la inversión, su creciente movilidad en tiempo y espacio, su poder asimétrico sobre trabajadores y sindicatos, su rol en el financiamiento de gobiernos y su poder ideológico para determinar agendas y colonizar áreas más amplias de la vida social. La internacionalización y globalización de los circuitos del capital amplían pero no crean, su poder estructural”

capitalismo significa, como ressalta Gough, impor um tensionamento das necessidades das pessoas frente às necessidades do capital. Mas no capitalismo esse tensionamento nunca permite uma reconciliação estável. Essa instabilidade será retomada adiante, na consideração do direito ao trabalho como necessidade radical e na relação entre direito ao trabalho e reconhecimento.

2.4. O conteúdo normativo das necessidades

Até aqui, as necessidades, diferenciadas de preferências, desejos, interesses ou utilidades, compreendidas em sua objetividade e universalidade e com a ajuda de um critério negativo de dano, apresentam-se como critério normativo necessário, mas insuficiente, que restringe o leque das possibilidades de uma dada forma de vida coletiva e dos projetos de vida que nela se inserem. Esse critério julga criticamente o sistema que não se pauta pela a satisfação ótima das necessidades, em termos de factibilidade sustentada inclusive a longo prazo, e fundamenta um princípio que projeta o dever de satisfazer as necessidades, qualquer que seja o projeto pessoal e a forma coletiva vida. A satisfação das necessidades sobredetermina a escolha dos projetos de vida, ou, como diz Hinkelammert, para “poder ser agradable, la vida ‘antes’, tiene que ser posible.”¹⁰⁶ Embora não se esgote, com isso, o campo de variabilidade dos valores, qualquer concepção normativa somente pode ser levada a efeito por sujeitos corporais necessitados vivendo coletivamente, o que obriga que aquele que pretende exercer, como liberdade, as suas escolhas, ao formular projetos de vida e

¹⁰⁶ HINKELAMMERT e MORA, ob. cit., p. 35.

estabelecer fins a alcançar está vinculado à satisfação das necessidades, sob pena de autocontradição. Nesse sentido, a desconexão da sociedade capitalista com a racionalidade reprodutiva e com a satisfação das necessidades, expressada na dupla redução do sentido moderno de trabalho, o que se traduz concretamente na proliferação de vítimas, impõe a ação ética crítica.

Tal compreensão já bastaria para fundamentar a afirmação de que a realização das necessidades (*Berdürfnisse*) é uma necessidade (*Notwendigkeit*) ética, política e jurídica, possibilitando um critério normativo, ao contrário do que sustentou Heller, em sua “revisão”, e outros autores céticos no tema. Isto porque é diferente afirmar-se que somente a deliberação sobre valores dimensionados por particulares formas de vida teria o atributo de definir as necessidades a serem satisfeitas, como sustenta o relativismo axiológico, e afirmar-se que, qualquer que seja o conteúdo de tal conjunto de valores e dos processos deliberativos definindo as necessidades humanas, eles devem propiciar a sua realização, que constitui o seu marco de factibilidade e que lhe impõe um dever, sob pena de autocontraditoriedade. Também é completamente distinto transferir inteiramente o critério normativo para o âmbito procedimental dos discursos deliberativos acerca do reconhecimento intersubjetivo de necessidades, o que resulta em um reducionismo a um único e absoluto fundamento formalista, e afirmar uma fundamentação pluridimensional, constituída de mais de um fundamento necessário, mas, cada qual, insuficiente, na qual o critério material propiciado pelas necessidades humanas se complementa por um critério procedimental de

deliberação democrática, sendo ambos subsumidos em um critério de factibilidade ética – o que adiante se esclarece.¹⁰⁷

Contudo, a continuidade do debate a seguir se destina a investigar se as necessidades podem, ainda, propiciar um critério normativo mais intenso que apenas fixar negativamente o domínio de consideração e os marcos de factibilidade da deliberação procedimental, sem que com isso se recaia na denunciada ditadura das necessidades ou no reducionismo das necessidades como prestações de subsistência funcionais à reprodução do capital.

Mas quais são as necessidades que devem ser consideradas limites materiais que atuam como critério de validade das escolhas possíveis? Pode-se distinguir objetivamente entre necessidades inafastáveis e necessidades eletivas para hierarquizá-las ou essa distinção é sempre subjetiva e contingente? Há necessidades prioritárias em relação a outras? E mais, considerando-se que há vários níveis possíveis de satisfação de necessidades, esse dever de satisfação se dá em um nível mínimo ou em níveis mais elevados e mesmo ótimo ou máximo?¹⁰⁸ Embora, como se vem sustentando, estas questões não sejam capazes de excluir a possibilidade de fundamentação a partir da teoria das necessidades, elas determinam o como essa normatividade se viabiliza.

Desde logo, cabe ressaltar que as espécies de necessidades não são determinadas pelas espécies de bens materiais ou imateriais que as

¹⁰⁷ Cf. DUSSEL, *Ética da libertação*, *passim*. A perspectiva de fundamentação de PERES LUÑO, ob. cit., p. 174 e 183 e ss., vindica essa mesma pluralidade de fundamentos complementares referida no segundo argumento. Associa a teoria das necessidades radicais da “primeira” Heller, com a teoria consensualista de Habermas, embora compreenda essa fundamentação como sendo jusnaturalista, dado seu caráter pré-positivo. Porém, como não desenvolve o primeiro argumento, as necessidades acabam não cumprindo a sua função de efetivo fundamento, dissolvendo-se inteiramente nos valores, cuja validação se subordina exclusivamente ao fundamento procedimentalista.

¹⁰⁸ DOYAL e GOUGH, ob. cit., p. 126.

satisfazem, sejam eles objetos, atividades ou relações.¹⁰⁹ Enquanto aquelas podem ser consideradas desde uma perspectiva objetiva, os bens são essencialmente variáveis e não se vinculam às espécies de necessidades. Uma roupa pode tanto satisfazer uma necessidade fisiológica de proteção ao frio, uma necessidade de identificação cultural, de reconhecimento e prestígio, ou mesmo de afeto, quando é esse o sentido de recebê-la como um presente. Além disso, pessoas têm diferentes possibilidades de transformar os mesmos bens em satisfação de suas necessidades. Por exemplo, uma alimentação com a mesma quantidade de calorias tem efeitos distintos frente às necessidades dependendo do nível metabólico, estar em período de gestação, de ser ou não portador de parasitas ou da possibilidade desse alimento servir para compartilhar uma prática social.¹¹⁰ Portanto, o que atua como critério não são os bens, mas a satisfação das necessidades para as quais são meio. É disso que agora se trata.

2.4.1. Âmbito das necessidades para um fundamento normativo: necessidades da corporalidade

Há certo consenso, pela maior parte dos autores, em que, quando se trata de necessidades, não se trata apenas daquelas fisiológicas, compartilhadas com os animais, que mantêm a subsistência como indivíduo vivo e como espécie. Trata-se, pois, de modo mais amplo, de necessidades

¹⁰⁹ Idem, p. 101. AÑÓN, ob. cit., p. 191-192. Para Marx, porém, a produção determina a forma de consumo e transforma, com isso, as necessidades. AÑÓN, ob. cit., p. 50-51. Esse aspecto diacrônico, contudo, parece-nos que não impede a formulação de um critério, tomando, de modo sincrônico, as necessidades e não os bens satisfatores.

¹¹⁰ SEN, ob. cit., p. 90-92.

antropológicas – físicas, culturais, emocionais, sociais, espirituais –, vivenciadas individual e coletivamente, sem cuja satisfação a vida **humana** não seria possível. Partindo desse amplo espectro, considera-se que não é adequado contrapor, ou justapor, necessidades de reprodução física ou biológica, como beber, comer, contar com assistência médica, por um lado, e necessidades “superiores” como de caráter político, cultural, científico, religioso, estético, ético, por outro.¹¹¹ A prioridade não pode ser reconduzida exclusivamente a nenhum desses dois âmbitos. A corporalidade humana necessitada é, aqui, concebida sempre desde a integralidade das capacidades humanas, como esclarecem Hinkelammert e Mora:

Hablamos entonces de necesidades corporales, puntualizando que la corporalidad a la que nos referimos no es solamente la de nuestro cuerpo físico, sino también, la de nuestro cuerpo social, cultural y espiritual.¹¹²

Isso não significa que não possa haver uma hierarquização valorativa entre necessidades, no plano particular de cada coletividade, o que é inevitável. Também é inegável que os humanos estejamos jungidos a nossa configuração fisiológica e psicológica que nos impõe limites naturais e obrigações de autorresponsabilidade com nossa própria reprodução como viventes. Ainda, não parece descartável, em princípio, a pesquisa por necessidades consideradas universais, que sirvam de fundamento para outras necessidades. Mas parece difícil justificar, por exemplo, que as necessidades fisiológicas ou de saúde física,

¹¹¹ DUSSEL, *Ética da libertação*, p. 636.

¹¹² HINKELAMMERT e MORA JIMÉNEZ. *Hacia una economía para la vida*, p. 33.

por serem “biológicas”, são *a priori* sempre mais importantes que necessidades de autonomia e de autorrealização, naturalizando uma determinada hierarquia.¹¹³

Assegurar necessidades como de um bom sistema de saúde, educação, pleno emprego, faz uma sociedade sustentável e quiçá suportável, “pero de ninguna manera elimina los sufrimientos ni la pobreza en su sentido más existencial”¹¹⁴. Apesar dessa afirmação, Hinkelammert e Mora, cuja tese tem sido aqui largamente utilizada, e embora afirmem que a prioridade é da vida mesma, entendida como “vida plena para todos” referindo as necessidades à corporalidade no sentido acima transcrito, acabam estabelecendo uma divisão entre necessidades básicas (alimentação moradia, saúde, educação) e eletivas, as primeiras com um patamar absoluto de garantia pelo sistema institucional, ao passo que as demais necessidades estariam sujeitas à elegibilidade na relação intersubjetiva entre os integrantes de uma comunidade de bens¹¹⁵. Também Doyal e Gough, sustentam a possibilidade de um critério normativo a partir da

¹¹³ Não obstante, era essa a hierarquia estabelecida *a priori* pela conhecida “pirâmide de necessidades” de Abraham Maslow, formulada nos anos 1950 e ainda muito difundida. Em sua obra *Motivation and personality*, classifica as necessidades naturais por ordem de importância na formação do comportamento motivacional, de tal modo que a satisfação de um nível subsequente somente se afigura a partir da satisfação do anterior, na seguinte ordem: necessidades fisiológicas, de segurança, sociais (afeto), de estima e status e de autorrealização. Cf. DOYAL e GOUGH, ob. cit., p. 64; FRAGA, ob. cit., p. 17. Para uma análise, ver AÑÓN, ob. cit., p. 130-147. O próprio conceito de saúde da Organização Mundial da Saúde, que abandonou o critério negativo de ausência de doenças para o critério positivo e ampliado de “completo bem-estar físico, mental e social” aponta para a incidência entre os diversos âmbitos de necessidades. Ingo Sarlet, ressaltando a abrangência e reconhecimento internacional da definição da OMS, incorpora-a ao conceito de dignidade da pessoa humana. SARLET, Ingo W. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In SARLET, Ingo (org.). **Dimensões da dignidade**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, p. 37.

¹¹⁴ HINKELAMMERT, **Crítica de la razón utópica**. Bilbao, Desclée de Brouwer, 2002, p. 91.

¹¹⁵ HINKELAMMERT e MORA, **Hacia una economía para la vida**, p. 34-35.

objetividade de um conceito de necessidades básicas universais, que impõem um grau de satisfação ótima, com prioridade sobre as demais aspirações.¹¹⁶

Contudo, para esclarecer os termos dessa discussão, parece relevante distinguir, aí, dois aspectos que estão indevidamente amalgamados: *a)* a questão da extensão dos âmbitos a que se referem as necessidades consideradas impositivas – fisiológicas, culturais, afetivas, sociais, políticas, espirituais; *b)* da questão acerca de se, (*b.1.*) dentro de cada âmbito de necessidades, podem ser divisadas aquelas que são essenciais, ou básicas e aquelas que podem ser consideradas instrumentais ou elegíveis, (*b.2.*) que grau de satisfação de necessidades deve ser tomado como impositivo.

No que se refere à primeira questão (*a*), o quanto dito já permite assumir a posição de que não há como hierarquizar-se, *a priori*, os âmbitos de necessidades, subordinando-se o cultural ou o político ao físico ou ao espiritual ou vice-versa.¹¹⁷ Quantas vezes se viu quem estivesse, com boas razões, disposto a pôr a vida em risco em nome da preservação da identidade ou a abandonar sua casa, trabalho e pertencimento à comunidade em nome da honra ou outros aspectos imateriais da vida, como no exemplo clássico de Antígona. Sendo o ser humano necessitado um todo íntegro, não há como afastar a interdependência

¹¹⁶ DOYAL e GOUGH, ob. cit., p. 27 e *passim*. Neste aspecto, recebem a adesão de PEREIRA, ob. cit., que enfatiza a distinção estabelecida por aqueles autores ingleses entre um padrão mínimo, básico, ótimo e máximo de satisfação de necessidades.

¹¹⁷ Dissente-se, por isso, da hierarquização entre um mínimo fisiológico e um denominado mínimo existencial sociocultural, referido por José Martinez Soria, mencionado, também com reserva, por Ingo Sarlet em SARLET, Ingo W. e FIGUEIREDO, Mariana F., **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**, in SARLET e TIMM ob. cit., p. 21 e 24. Coisa diversa é que em ambos os âmbitos possa haver níveis básicos, não meramente mínimos, de caráter indisponível, e níveis mais elevados em que haja maior espaço deliberativo para hierarquização e conflitos de alocação.

entre as distintas necessidades. Não se justifica, portanto, seja um modelo “espiritualista” seja um modelo “organicista” de necessidades.¹¹⁸

Aqui, o argumento de Amartya Sen é esclarecedor. Em sua concepção de necessidades como condições materiais que capacitam os sujeitos para exercer livremente as suas potencialidades e escolhas (*capability approach*), tanto a liberdade da miséria afeta a liberdade política quanto o reverso. Por exemplo, muitos são compelidos a migrar de suas comunidades de origem contra a vontade, afetando sua liberdade política, em razão de uma situação de miséria. Por outro lado, os exemplos mundiais demonstram que a ausência de liberdade política em regimes autoritários contribui decisivamente para a manutenção de situações de miséria extrema, por diminuírem as condições de reivindicação pela satisfação de necessidades. Ademais, os direitos civis e liberdades políticas têm papel construtivo para a própria percepção e conceituação de necessidades na esfera pública, além de serem diretamente satisfatores de necessidades de expressão participativa.¹¹⁹

2.4.2. Hierarquia e nível de satisfação das necessidades

As perguntas “b”, acima, são as que apontam para o cerne do problema. Retomando-as: é possível, por exemplo, hierarquizar, em uma determinada espécie de necessidade, como a proteção à saúde, uma esfera

¹¹⁸ AÑÓN, ob. cit., p. 190-191.

¹¹⁹ O autor considera haver uma importância intrínseca, instrumental e construtiva dos direitos civis e das liberdades políticas. SEN, ob. cit., p. 173-187. Para um aprofundamento das posições de Sen e para a distinção que este estabelece entre os enfoques de necessidades e de capacidades, ver URQUIJO ANGARITA, ob. cit.

inegociável, que deve ser atendida de forma absoluta e uma esfera em que os processos deliberativos intersubjetivos é que devem definir a obrigação de sua satisfação (b.2.)? É possível, ademais, que algumas necessidades sejam consideradas básicas ou prioritárias em relação a outras, como, v.g., saúde em relação ao trabalho (b.1)?¹²⁰ Essas duas questões dizem respeito a como passar de necessidades a deveres éticos, políticos e jurídicos, considerando-se que todos os âmbitos de necessidades humanas são, *prima facie*, valiosos. Ainda uma outra questão (c) diz respeito a como passar, do dever de atender necessidades, à fundamentação de direitos fundamentais. Esta última será objeto do tópico adiante. Agora, cuida-se apenas daquele anterior conjunto de perguntas (b).

As diversas perspectivas a respeito dessas questões já foram aqui mencionadas. Descartadas as visões céticas e relativistas, por recusarem a possibilidade de responder à questão sobre a normatividade das necessidades, as versões utilitaristas, que desconectam os vínculos com a corporalidade e a concretude humanas, e a fundamentação exclusivamente procedimentalista, na qual as necessidades, embora consideradas nos procedimentos deliberativos, não atuam como fundamento necessário (mesmo que insuficiente), remanescem à consideração três grupos de teorias: 1) as variações da teoria das necessidades que propugnam por um grau mínimo intangível de satisfação de necessidades ou mínimo de subsistência; 2) aquelas que enfrentam a questão sob a ótica de um conjunto de necessidades, recursos ou bens, objetivamente considerados, ainda que construídos historicamente, e que sejam capacitantes para uma participação

¹²⁰ Aqui, não trataremos das questões de conflitos de alocação de meios necessários e escassos à satisfação plena das necessidades, situação na qual pode haver conflito entre a satisfação de distintas necessidades.

autônoma na coletividade seguindo um projeto de vida; e 3) as que se filiam à perspectiva marxiana das necessidades radicais. Trataremos agora das duas primeiras e da terceira em tópico posterior.

Teorias minimalistas. As teorias do grupo 1 sustentam que as necessidades relativas a um mínimo de subsistência **e somente elas** têm um caráter absoluto. Respondem de certa forma positivamente à questão b.1., reconhecendo alguma objetividade em necessidades comuns, esclarecendo que esse mínimo se refere à prevenção em face da pobreza absoluta, ou seja, a penúria material que põe em risco a própria sobrevivência física. Mas não se trata propriamente de um escalonamento entre necessidades, pois a partir desse mínimo de subsistência tudo o mais são meras preferências. Essa seria a visão de necessidades presente já nos economistas neoclássicos, correspondendo ao que Milton Freedman denominou “standad de vida mínimo compatível com a sobrevivência”.¹²¹ Foi essa visão que fundamentou as políticas de desenvolvimento do Banco Mundial para a América Latina a partir do fim da década de 1960, sob a direção de McNamara. É o entendimento que se aprofunda com as políticas neoliberais, que vêem o suprimento de uma cesta de consumo básico como a contrapartida para as políticas de retirada do Estado e desregulação do mercado de trabalho.¹²² O expoente extremado dessa visão encontra-se no filósofo e economista austríaco Friedrich von Hayek, segundo o qual o Estado deveria aportar uma rede de segurança mínima para amortizar o risco daqueles que, por razões individuais, estivessem incapacitados de trabalhar

¹²¹ *Apud* MELHADO, Reginaldo. **Metamorfoses do capital e do trabalho**. São Paulo, LTr, 2006, P. 153.

¹²² ALVAREZ, ob. cit., p. 252-255.

e não pudessem ter acesso ao mercado, a fim de evitar a pobreza, concebida esta em sentido absoluto, não relativo.¹²³

Sob este viés, os conflitos de alocação de recursos não se referem a necessidades, mas a desejos ou preferências, cabendo essencialmente aos mecanismos de mercado assegurar os níveis ótimos de distribuição e satisfação. Como já referido, o objetivo último não está nos sujeitos humanos, mas na maximização da rentabilidade pelo mercado e, por isso, a resposta positiva a b.2 se limita a retroagir o limiar de impositividade daquele restrito conjunto de necessidades de subsistência a apenas um mínimo de sobrevivência enquanto reprodução da vida biológica do sujeito portador da força de trabalho.

Desta forma, a pobreza é naturalizada como algo inevitável e se invisibiliza qualquer possibilidade de alteração das estruturas sociais de desigualdade. O espaço político de confrontação social e luta por direitos é esvaziado e os próprios direitos são reduzidos a prestações tutelares.¹²⁴

A confirmação de que nossa sociedade empurra a realização das necessidades da maior parte da população para umbrais absolutamente incompatíveis com a avançada capacidade de produção de bens, ao passo que superestimula o consumo de bens de luxo, é dada cotidianamente. Os relatórios anuais sobre desenvolvimento humano do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, a dramática situação do déficit alimentar denunciada pela FAO e os Informes sobre o trabalho no mundo, da OIT, só para exemplificar com esses três indicadores oficiais, dão conta da dramática urgência do

¹²³ Cf. DOYAL e GOUGH, ob. cit., p. 54. PEREIRA, ob. cit., p. 88-89. ALVAREZ, p. 252-253.

¹²⁴ Cf. ALVAREZ, ob. cit., p. 250.

atendimento aos níveis mais elementares de necessidades. Estamos habitando regiões muito próximas dos limites da reprodução existencial e, como reconhece Heller, “sería puro aristocratismo – en nuestro mundo al menos – eliminar ese concepto límite de la discusión sobre las necesidades.”¹²⁵

Numa vertente extrema dessa perspectiva, não há que se falar em direito ao trabalho. Já nas visões menos vorazes, e, por isso, mais palatáveis e insidiosas, o direito ao trabalho é considerado como mero direito de obtenção dos meios de reproduzir-se como força de trabalho. É, em suma, o pensamento que, talvez inadvertidamente, subjaz a boa parte da doutrina jurídica trabalhista, aqui exemplificada nas palavras de Amauri Mascaro Nascimento:

Nos tempos atuais, o trabalho é um direito: o direito ao trabalho. Esta afirmação não é recente. É encontrada em Montesquieu e em Rousseau. Há, portanto, uma preocupação com o direito ao trabalho, cujo fundamento maior é o próprio direito à vida. O ser humano, para viver, precisa prover a sua subsistência. Para fazê-lo, depende do trabalho. Logo, o trabalho é um direito. É o direito que todo ser humano tem de converter a própria atividade em ganho de subsistência pessoal e familiar. O direito ao trabalho está relacionado com o direito à vida e à subsistência.¹²⁶

Evidencia-se, aí, o caráter inexcedível, para o trabalhador, de sua condição de exploração. Tem apenas o direito de trabalhar para ganhar o pão que necessita para subsistir e continuar trabalhando. Mais que isso, deve lutar e competir com outros trabalhadores para obter esse trabalho. O trabalho, para o trabalhador, é mero esforço, pena, para manter a subsistência. Mas ao final, tal

¹²⁵ HELLER, *Teoría de las necesidades em Marx*, p. 33.

¹²⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do trabalho na Constituição de 1988*. São Paulo, Saraiva, 1989, p. 25.

como a própria subsistência do trabalhador, é apenas um meio para o capital. O direito, aí, não lhe atribui qualquer prerrogativa de ascender da condição de objeto da exploração econômica à condição de sujeito e de cidadão.

Não faz mesmo sentido, se acolhida tal concepção de necessidades, sustentar-se um direito fundamental ao trabalho, meramente funcional à reprodução do capital. Assim sendo, não haveria o porquê de não substituir-se o direito ao trabalho pelo direito a prestações de subsistência, uma vez que, sendo mero instrumento da subsistência, esta poderia ser alcançada diretamente, sempre que aquele esforço puder ser dispensado.¹²⁷

Ademais, tal concepção de necessidades é incompatível com uma sociedade que leve a sério a responsabilidade dos sujeitos autônomos. Como exigirem-se padrões máximos de cumprimento do dever, em especial na produção, daqueles a quem se asseguram apenas níveis mínimos de satisfação de necessidades ?¹²⁸

Teorias das necessidades para a autonomia. A rejeição da concepção minimalista implica a busca de uma noção de necessidades básicas que não seja apenas a afirmação de um padrão quantitativamente superior ao mínimo, mas, para além disso, um padrão qualitativamente diverso.¹²⁹

¹²⁷ Por caminhos inteiramente diversos, acaba sendo igual a conclusão a que chegam autores como GORZ, ob. cit., ao propugnam a desvinculação da renda mínima ao trabalho, negando, a este, qualquer valor como necessidade humana. O tema será retomado adiante.

¹²⁸ DOYAL e GOUGH, ob. cit., p. 136. É este o reflexo, para a produção, do “mau reconhecimento” inerente ao capitalismo e que se retoma no capítulo 3.

¹²⁹ Luís Edson FACHIN propugna por um mínimo qualitativo, diferenciado do mínimo quantitativo, reportando-se à ideia de um mínimo razoável: “(...) o mínimo não é referido por quantidade e pode muito além do número ou da cifra mensurável. Tal mínimo é valor e não metrificação, conceito aberto cuja presença não viola a idéia de sistema jurídico axiológico. O mínimo não é menos nem é ínfimo. É um conceito apto à construção do razoável e do justo ao caso concreto, aberto, plural e poroso ao mundo contemporâneo.” **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo.** Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 300-301.

Na literatura nacional, Potyara Pereira centra seus esforços na distinção entre mínimos sociais e necessidades básicas.¹³⁰ Ao ressaltar, com base em Doyal e Gough, que o básico atua como condição e propulsor da autonomia dos sujeitos rumo a uma esfera de autonomia crítica, estágio em que se atingem níveis ótimos de realização das necessidades, introduz a perspectiva do segundo grupo de teorias:

(...) enquanto o mínimo pressupõe supressão ou cortes de atendimentos, tal como propõe a ideologia liberal, o básico requer investimentos sociais de qualidade para preparar o terreno a partir do qual maiores atendimentos podem ser prestados e otimizados. Em outros termos, enquanto o mínimo nega o “ótimo” de atendimento, o básico é a mola mestra que impulsiona a satisfação básica de necessidades em direção ao ótimo.”¹³¹

Neste segundo grupo, podem ser incluídas tanto versões não utilitaristas de economia de bem estar, como de Raymond Plant e de Robert Goodin, a teoria das capacidades, de Amartya Sen, que tem uma versão liberal em Carlos Santiago Nino¹³² e, numa vertente centrada em bens básicos, mas que acabam subordinados à liberdade individual formal, em John Rawls.¹³³ Deixando-

¹³⁰ De forma semelhante, no âmbito do direito constitucional, Ingo SARLET, ao estudar o conceito de uma garantia constitucional ao mínimo existencial, resalta que se, de um lado, o patamar do que sejam as condições mínimas de existência digna possam variar contextualmente, por outro lado, “tem-se como certo que a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, nesta perspectiva, que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência.” SARLET e FIGUEIREDO, ob cit., p. 21.

¹³¹ PEREIRA, ob. cit., p. 26-27. Por esse argumento, não se considera adequada a assimilação que faz ALVAREZ, ob. cit., entre todas as espécies de teorias de necessidades básicas, criticando-as como se fossem essencialmente equivalentes. Por outro lado, tem-se por adequada a crítica de que desvincular os direitos sociais da cidadania, convertendo-os em tutela da subsistência é uma postura que está a serviço da maximização da exploração do trabalho.

¹³² NINO, Carlos Santiago. **Autonomia y necesidades básicas.**

¹³³ Ver referências supra. Na teoria de Rawls não há um lugar, senão de modo implícito, para a categoria das necessidades. Sua teoria de bens básicos primários, inicialmente pensados como elementos externos aos seus

as de lado, vejamos mais detidamente a teoria das necessidades de Len Doyal e Ian Gough, o que se justifica porque subsume elementos das várias teorias, obtendo uma síntese coerente que supera diversas dificuldades e goza de elevada influência sobre as obras mais atuais que tratam do tema.¹³⁴

Para os autores britânicos, as necessidades são históricas, o que não impede que haja necessidades universais, mas cuja forma de satisfação se diferencia culturalmente. Assim, consideram que as necessidades podem ser reportadas a duas necessidades universais básicas, correspondentes a saúde física¹³⁵ e autonomia¹³⁶. A identificação de tais necessidades se justifica, à medida que elas não são um fim em si mesmas, mas são as condições indispensáveis para que os indivíduos atuem e sejam responsáveis por suas ações em qualquer cultura. A participação comunitária se dá em dois níveis, um denominado autonomia de agência, que significa a participação efetiva em uma dada forma de vida, e outro denominado de autonomia crítica, que significa a capacidade de

dois princípios normativos e depois incorporados como princípio antecedente ao primeiro princípio, negligencia a relevância dos direitos sociais e não permite considerar, por exemplo, as diferentes possibilidades das pessoas em converter bens primários em satisfação de necessidades. Para uma crítica à teoria dos bens básicos de Rawls frente à teoria das necessidades, ver DOYAL e GOUGH, ob. cit., p. 169-185. PEREIRA, ob. cit., p. 89-96. SEN, ob. cit., passim.

¹³⁴ No Brasil, além de PEREIRA, também se percebe essa influência em GUSTIN, ob. cit.; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo, **O direito fundamental à alimentação: da teoria das necessidades ao direito ao mínimo existencial**. Disponível em <http://www.ifibe.edu.br/posgraduacao/dh/2008/subsidios/Leivas.pdf>, acesso em 30.09.08;

¹³⁵ Compreendendo a saúde física como algo muito além da simples sobrevivência, os autores optam, a fim de obter um conceito transcultural, por um sentido negativo de saúde, como ausência de enfermidades biológicas que prejudiquem seriamente a atuação de alguém como integrante de uma forma de vida. DOYAL e GOUGH, ob. cit., p. 85-89.

¹³⁶ A autonomia individual em seu sentido mais básico (autonomia de agência) é afetada por três variáveis: o grau de compreensão que uma pessoa tem de si mesma, de sua cultura e do que se espera dela como integrante da mesma; capacidade cognitiva e emocional (saúde psicológica) para formular opções para si; e as oportunidades objetivas que o permitam participar e atuar conseqüentemente em uma forma social, dentre as quais, o tipo mais importante, em todas as sociedades, é o trabalho. Para o grau superior, de autonomia crítica, são necessárias oportunidades reais de liberdade de ação e liberdade política. DOYAL e GOUGH, ob. cit., p. 89-101 e 235. Cabe mencionar, aqui, também a tese de Miracy GUSTIN, ob., cit., para quem a autonomia é, dentre todas, a necessidade primordial.

participar em processos de segunda ordem que visam a aprimorar e modificar as regras dessa dada forma de vida e, no extremo, a capacidade de emigrar dessa sociedade.¹³⁷ Esses seriam os fins universalizáveis pertinentes a qualquer formação social, aos quais se destinam as necessidades básicas.

Para especificar o conceito de necessidades, recorrem à noção de prejuízo grave, já esclarecida. As necessidades de saúde e autonomia são as condições básicas para evitar uma participação profundamente deteriorada em uma forma de vida, embora outras situações contingentes possam ser determinantes para assegurar uma participação com êxito. Essas duas necessidades universais se desdobram em satisfatores (objetos, atividades e relações) que são historicamente variáveis, mas que estão presentes, como gênero, em qualquer sociedade. São as chamadas necessidades intermédias, por meio das quais se realizam aquelas necessidades básicas. São elas: alimentação, habitação, trabalho, ambiente físico saudável, cuidados de saúde, rede de relações primárias significativas, segurança econômica, segurança física, desenvolvimento na infância, educação adequada, segurança no planejamento familiar, gestação e parto.¹³⁸ Em cada sociedade dá-se um processo pelo qual se aprimora ou se deteriora, segundo as transformações dos valores e dos saberes, a maneira pela qual se realizam essas necessidades. Contudo, os autores apontam firmemente para possibilidades de construção de indicadores

¹³⁷ DOYAL e GOUGH, ob. cit., p. 238. O caráter limitado dessa concepção de autonomia crítica será tratado adiante.

¹³⁸ Note-se que, aí, os sujeitos de algumas necessidades já não são universais, havendo necessidades que afetam mais especificamente a mulheres e a crianças. Esta é uma exceção aberta no critério de universalidade das necessidades intermédias incluídas na “lista”, mas que abre espaço para diferenças biológicas significativas dentro da espécie humana que especificam necessidades distintas.

interculturais de satisfação de necessidades, como acabou se consumando com o IDH/PNUD.¹³⁹

Portanto, respondem afirmativamente a b.1. As necessidades básicas são a medida e o fim a que se destinam as demais necessidades. Mas só por meio das necessidades intermédias é que aquelas se realizam.

Não há um divisor de águas preciso entre as necessidades intermédias, que se interpenetram e são interdependentes. Estas, por sua vez, se desdobram em necessidades específicas de satisfatores. O trabalho, por exemplo, implica uma série de riscos à saúde que devem ser prevenidos. Doyal e Gough mencionam jornadas excessivas, ambiente inseguro com riscos de acidentes e doenças do trabalho e formas de trabalho suscetíveis de limitar a autonomia do trabalhador. Por um lado, a ausência de oportunidade de participar da forma social por meio do trabalho é fator debilitante, tanto porque o rendimento do trabalho proporciona o acesso à realização de todas as demais necessidades intermédias, afetando a necessidade de segurança econômica, quanto por constituir um elemento decisivo para a autoestima e para a estruturação de relações de pertencimento. Por outro lado, é inegável que inúmeras formas de trabalho limitam, em vez de estimular, a autonomia individual.¹⁴⁰ Assim, há sempre de se

¹³⁹ Tais indicadores, à medida que sejam construídos pelo diálogo entre os afetados em distintas culturas, podem representar instrumentos daquilo que Boaventura de Sousa SANTOS denomina de hermenêutica diatópica, como via de reconstrução dos direitos humanos. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**, São Paulo, Cortez, 2006, 433-470. Por ora, os parâmetros sugeridos por DOYAL e GOUGH são apenas uma proposta ao diálogo, mas que demonstram a viabilidade dessa pretensão.

¹⁴⁰ DOYAL e GOUGH, ob. Cit., p. 235-236 e 252-253. "... las posibilidades de control del trabajo que uno realiza, de utilización en el mismo de las aptitudes propias y de variación de tareas afectan, tanto en conjunto como por separado al bienestar del trabajador. En particular, la privación de control del contenido del trabajo que se realiza da lugar a depresión, ansiedad u falta de autoestima. Las exigencias del trabajo, cuando son excesivas o, por el contrario, demasiado escasas, pueden también minar el bienestar (...)" Ibidem, p. 253. Aqui, caberia toda uma interminável bibliografia sobre a negatividade produzida pelo trabalho, quando ele ocorre e quando ele falta, nos inúmeros matizes em que se manifesta a alienação no trabalho. Boas leituras

ter em conta que a heterogeneidade de características individuais, sociais, ambientais, culturais e a situação de satisfação de outras necessidades afeta decisivamente a capacidade de alguém de transformar bens em satisfatores efetivos de necessidades.

Aqui vale abrir, num parêntesis, um aspecto que será retomado adiante e que está no centro da fundamentação do direito ao trabalho. Se, de um lado, o trabalho é meio para a realização de outras necessidades, como ressaltam os autores, por outro, a negatividade produzida pelo trabalho, quando este ocorre e quando falta, evidencia que o trabalho é também diretamente um satisfator de necessidades ligadas ao desenvolvimento da corporalidade; uma dimensão essencial da saúde e da autonomia que se realiza por meio do trabalho.

Para responder à questão b.2, nossos autores elaboram um sofisticado argumento.¹⁴¹ Num primeiro passo, reconhecem o fato, ressaltado por Raymond Plant, de que todo aquele que sustenta fins e deveres morais há de reconhecer necessidades básicas dos sujeitos implicados, sob pena de autocontradição. A realização de necessidades do sujeito obrigado é condição de possibilidade para que se desincumba de seus deveres perante aquele que formula uma pretensão de cumprimento – o que se entrelaça, em termos de moral intersubjetiva, ao argumento de Hinkelammert quanto à necessária integração da reprodução do autor da ação no circuito da racionalidade. Mas isso ainda não define qual é o nível de satisfação de necessidades devido, se mínimo ou ótimo. O

sobre trabalho e constituição do eu estão em DEJOUR, Christophe. **A banalização da injustiça social**. 3ª ed., Rio de Janeiro, FGV, 2000. Idem. **A loucura do trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho**. 3ª ed., São Paulo, Cortez/Oboré, 1988. JERUSALINSKY, Alfredo et alii. **O valor simbólico do trabalho e o sujeito contemporâneo**. Porto Alegre, Artes e Ofícios, 2000. SENNETT, Richard. **A corrosão do caráter: consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo**. 8ª ed., Rio de Janeiro, Record, 2004.

¹⁴¹ DOYAL e GOUGH, p. 125-155.

anterior implica que todo sujeito moral é, antes, sujeito vivo. Atua como vivente.¹⁴² Mas, como pessoa moral, é, além de um ser com consciência e capacidade de comunicar, também um ser portador de responsabilidades para com os demais. Ora, aquele que tem deveres a cumprir tem o direito de dispor das melhores condições e meios em termos de satisfação de necessidades, para dar o seu melhor no cumprimento do dever. Isso implica um dever dos demais, que esperam o cumprimento da melhor maneira possível do dever daquele, em propiciar a ele essas condições. O êxito de qualquer nação – o mesmo pode-se dizer de uma empresa – está ligado ao nível de satisfação de necessidades de saúde e autonomia de seus membros, cuja limitação leva à perda de legitimidade de um sistema político. O mesmo direito se estende a todos os povos, se esperamos que eles cumpram a “nossa” concepção de bem.

Retenha-se, aí, que esse argumento propicia um dos enlaces entre a teoria das necessidades e a teoria da luta por reconhecimento, objeto do capítulo 3. Como a transformação de bens em realização de necessidades varia de acordo com a particularidade de cada um, a reciprocidade moral própria do reconhecimento inclui a realização ótima das necessidades dos sujeitos co-obrigados de acordo com essa particularidade.¹⁴³

A partir dessa fundamentação, Doyal e Gough distinguem dois níveis de satisfação de necessidades que não são nem níveis mínimos, nem máximos, mas sim níveis ótimos, que podem ser considerados normativamente

¹⁴² Parece-nos que este aspecto foge à percepção de GUSTIN, ob. cit., p. 130.

¹⁴³ Este é um argumento em favor do reconhecimento como solidariedade, no sentido de Axel Honneth, como se vê adiante, mas que esse autor não percebe, por não desenvolver uma teorização sobre as necessidades.

devidos e que correspondem a dois distintos estágios. O direito ao nível ótimo de participação e o direito ao nível ótimo crítico:

En el primero, la salud y la autonomía son tales que el individuo es capaz de optar por las actividades en las que desee tomar parte dentro de su propia cultura, posee las aptitudes cognitivas, anímicas y sociales para hacerlo y tiene acceso a los medios que le permitirán adquirir dichas aptitudes. Denominemos esto “óptimo de participación”. En el segundo nivel, el óptimo de salud y autonomía es tal que el individuo puede formular los objetivos e ideas necesarios para juzgar su forma de vida, participar en un proceso político encaminado a tal fin y, si lo desea, adoptar otro tipo de cultura. A esto nos referimos como óptimo crítico.¹⁴⁴

Níveis ótimos se diferenciam de níveis máximos, porque integram um critério de eficiência, que denomina-se *minimum optmorum*, ou *optimin*: trata-se de averiguar a proporção mínima de satisfação de necessidades intermédias que atinja o nível máximo de satisfação de necessidades básicas de saúde física e autonomia.¹⁴⁵ Claro que esses níveis ótimos estão sujeitos a variação de acordo com a cultura, códigos morais e recursos disponíveis.¹⁴⁶ Em termos ideais, esses níveis ótimos podem ser balizados, para os autores, pelo melhor nível de satisfação de necessidades básicas obtido pelo grupo das pessoas de mais baixa renda (20%) em um país na atualidade.¹⁴⁷ Como o objetivo de igualação, aí, pode resultar em uma distância por ora impraticável para muitos países, é possível estabelecer, em termos práticos, patamares intermediários de acordo com comparações com os melhores resultados obtidos nos grupos de países com

¹⁴⁴ DOYAL e GOUGH, ob. cit., p. 205.

¹⁴⁵ Idem, ibidem, p. 208.

¹⁴⁶ Idem, ibidem, p. 137.

¹⁴⁷ Quando da publicação da obra, esse país era a Suécia.

características semelhantes de desenvolvimento. Isso, porém, remete desde logo para o problema da reprodução sustentável e dos direitos das gerações futuras. Os níveis de consumo de recursos naturais nos países mais ricos não é generalizável nem sustentável a longo prazo. A sustentabilidade ecológica é uma das condições materiais para satisfação das necessidades, de modo que o superconsumo pode significar um déficit, em termos de realização de necessidades, e não um superávit. Além disso, tais níveis elevados nos países ricos estão relacionados com processos colonialistas em relação aos países mais pobres. Isso, então, já remete para a necessidade de uma teoria global da economia política da satisfação de necessidades.¹⁴⁸

Sem resolver estes agudos dilemas ecológicos e geopolíticos mundiais, os autores concluem com a defesa de uma estratégia dual de satisfação das necessidades, que incorpore igual valor tanto à planificação central por meio do Estado (apontando para a necessidade de uma autoridade global), quanto à participação democrática da sociedade civil.¹⁴⁹

2.4.3. Ética da vida, autonomia e necessidades: um balanço de perspectivas complementares

Doyal e Gough compreendem que a satisfação das necessidades depende do preenchimento de pré-condições políticas, econômicas e ecológicas, que guardam semelhanças e pontos de contato com os marcos de factibilidade de

¹⁴⁸ Idem, ibidem, p. 292-333.

¹⁴⁹ Idem, ibidem, p. 261.

Hinkelammert e Mora. Opina-se que suas formulações contribuem com o esclarecimento de tais marcos de factibilidade, já expostos acima, cabendo serem situados ao lado daqueles. Indicam quatro pré-condições sociais: a) um sistema de divisão social do trabalho que assegure a produção, intercâmbio, distribuição e consumo de bens (ao que Hinkelammert e Mora explicitam a necessidade de um sistema de coordenação da divisão social do trabalho); b) um sistema social que assegure a reprodução da espécie, que envolve procriação, criação e socialização na infância; c) transmissão cultural, por meio da qual há de continuar-se aprendendo, mesmo após a infância, os conhecimentos técnicos e prático-normativos que assegurem a continuidade e o aprimoramento da produção e reprodução; d) autoridade política, apoiada em sanções, que garanta o ensino, aprendizagem e correta aplicação das regras culturais relativas à satisfação de necessidades. Considera-se que caberiam ser acrescentadas, aqui, as condições de reprodução ambiental sustentada, perfeitamente destacadas nos marcos de factibilidade de Hinkelammert e Mora.

Ambos os aportes são complementares, propiciando, juntos, um satisfatório modelo normativo de necessidades que não se logrou identificar completamente em nenhuma outra teoria analisada. De um lado, Doyal e Gough desenvolvem categorias que traduzem as condições materiais necessárias para a participação autônoma e crítica em uma dada forma de vida, possibilitando criticar-se uma forma de vida por negar tais condições a alguém, **segundo seus próprios critérios** (é, por exemplo, o caso daquele que não consegue trabalho ou que labora em condições perigosas ou opressoras). De outro lado, Hinkelammert e Mora desenvolvem critérios pelos quais se pode, além da crítica interna, também

criticar essa mesma forma de vida **em seus critérios**, por não ser sustentável em termos de satisfação das necessidades para todos a curto ou longo prazo. É o caso da crítica que fazem à economia capitalista em sua “pureza”, por não ser universalizável de modo sustentado a longo prazo.

Hinkelammert traz contribuição essencial a montante, ao evidenciar que tais marcos são os limites normativos de qualquer proposição ética, política ou jurídica, sob pena de autocontradição¹⁵⁰, demonstrando que há subordinação, ao revés de incomensurabilidade, entre a racionalidade reprodutiva e a racionalidade estratégico-instrumental. Como se ressaltou, o fundamento não é o fim último da atuação participativa e crítica em uma forma de vida, cabendo “corrigir”, neste aspecto a Doyal e Gough. Por trás desse “fim último” está a própria vida humana em comunidade. A vida não é um fim, mas é o modo de realidade humano a partir do qual, então, se abre o campo dos fins e valores possíveis, orientando a racionalidade meio-fim. A produção, reprodução e desenvolvimento da vida, ambiente planetário incluído, é a condição de racionalidade de qualquer racionalidade. Quaisquer fins últimos se submetem ao critério material universal da vida humana. Assim, da racionalidade reprodutiva decorrem os marcos de factibilidade que estabelecem negativamente o domínio dos valores e fins possíveis.

Por outro lado, o aporte fundamental de Doyal e Gough, a jusante, está em desdobrar as condições de possibilidade da vida em distintos patamares de pré-condições e necessidades – básicas, intermédias e específicas –

¹⁵⁰ O que será, por sua vez, elaborado por Dussel, em termos de princípios éticos universais de produção, reprodução e desenvolvimento da vida e de factibilidade ética.

reportadas a duas categorias de necessidades básicas com pretensão de universalidade que atuam como meios para o fim universal de atuação participativa e crítica em uma forma de vida (vida possível, acrescentaria Hinkelammert). Por essa concepção, o caráter básico das necessidades desvincula-se de padrões quantitativos mínimos de subsistência e passa a vincular-se aos elementos essenciais para a autonomia em termos de satisfação ótima. Em Hinkelammert e Mora, da mesma forma que em Dussel, percebe-se uma certa instabilidade no conceito de necessidades básicas, que desta forma se resolve.¹⁵¹ Com isso, reconectam o valor da autonomia com a materialidade humana, suas necessidades e estruturas sociais que condicionam sua satisfação. Assim, a autonomia pessoal pode ser reinserida no circuito natural de reprodução e desenvolvimento da vida e concebida de forma mais realista que o abstracionismo das visões utilitaristas e liberais¹⁵². Mas vão além em sua contribuição, pois identificam o critério normativo pelo qual a satisfação de necessidades deve se dar em níveis ótimos para todos os povos, superando aporia das necessidades básicas entendidas como níveis mínimos. A partir daí, também a própria noção de dignidade humana ganha em termos de conteúdo e de

¹⁵¹ A concomitante crítica, por esses autores, da linguagem da ideologia tecnocrática que define as necessidades básicas a partir do critério de subsistência, anulando a capacidade de autorrealização dos sujeitos e, ao mesmo tempo, de um sistema econômico que nega as necessidades fundamentais dos sujeitos vivos, dentre as quais o trabalho (v.g. DUSSEL, **Filosofía de la producción**, p. 235), ressentem-se com a ausência de um conceito mais claro de necessidades, capaz de apoiar um critério normativo condizente ao mesmo tempo com essas duas críticas. Ver, SÁNCHEZ RUBIO, **Direitos humanos, ética da vida humana e trabalho vivo**. In WOLKMER, ob. cit., p. 169-174 e *passim*.

¹⁵² É essa abstração que permite, por exemplo, à economia neoclássica formular um conceito de equilíbrio econômico baseado na variabilidade absoluta dos salários, donde o livre enfrentamento entre oferta e demanda resultaria no pleno emprego, desconsiderando, porém, que o trabalho e o salário não estão dimensionados por utilidades e relações de preferência subjetiva por trabalhar ou não, mas por necessidades. Por isso, não há como escolher livremente a maior utilidade entre ficar desempregado ou receber um salário abaixo do limite de subsistência. HINKELAMMERT, **Crítica de la razón utópica**, p. 148-152.

potencial normativo. Sua teoria permite desenvolver critérios operativos para a fundamentação de direitos e políticas públicas.¹⁵³

O principal reparo a ser feito à teoria de Doyal e Gough, para fins de fundamentação do direito ao trabalho, está exatamente no papel atribuído ao trabalho como necessidade indispensável à autonomia. Embora apontem para a essa conexão, a tomam pouco em consideração, deixando de elaborar as relações complexas entre trabalho e necessidades. Hinkelammert e Mora, por sua vez, dão destaque ao caráter dual do trabalho na modernidade, pista essencial para a reconstrução do sentido do direito ao trabalho. Com Dussel e Sánchez Rubio, vai-se demonstrar, adiante, como o direito ao trabalho é a chave para fazer jus à crítica à economia negadora das necessidades e ao mesmo tempo à crítica ao paternalismo da subsistência negadora da capacidade de autorrealização autônoma dos sujeitos.

Desse conjunto de teorias, resulta um suporte mais adequado para defrontar-se com as questões que envolvem a fundamentação dos direitos fundamentais a partir de necessidades, em especial o direito ao trabalho.

Teorias como da igualdade em bens básicos, de Rawls ou mesmo da igualdade em recursos de Dworkin, ao passo que se centram naqueles recursos acessíveis no plano individual, padecem de dois problemas principais. O primeiro, não atentam para a diversidade de condições reais das pessoas humanas e suas distintas possibilidades de transformar bens ou recursos em

¹⁵³ Por outro lado, a obra de DOYAL e GOUGH está permeada por diversas manifestações de eurocentrismo dos autores, que chegam ao extremo da justificação do direito de negar quaisquer direitos ao inimigo (p. 150-155) em justificação do terror que Hinkelammert evidencia como “inversão ideológica dos direitos humanos”. Não obstante, considera-se possível abstrair-se de tais aspectos, que não obstruem os elementos positivos da teoria dos autores, já ressaltados.

autonomia, crítica que se deve a Sen e já incorporada por Doyal e Gough. O segundo, obscurecem a crítica da participação dos sujeitos fragmentários para a constituição não intencional das estruturas sociais de dominação e alienação que se instalam naquelas pré-condições sociais de produção, reprodução, transmissão cultural e autoridade, seja no plano nacional, seja no plano da política internacional e do mercado mundial assimétrico e que determinam essa mesma desigualdade em bens ou recursos.¹⁵⁴ A igualdade impõe a constante correção dessas estruturas de divisão social do trabalho geradas por efeitos não intencionais das condutas fragmentárias, não bastando uma utópica igualdade de partida.

De modo semelhante, cabe criticar a elogiável tentativa de Carlos Santiago Nino para compatibilizar sua concepção liberal com a satisfação das necessidades humanas.¹⁵⁵ Reconhece, o saudoso jusfilósofo argentino, que a maximização igualitária das capacidades, por meio da satisfação de necessidades básicas, é essencial para o exercício da autonomia pessoal, o que justificaria, sob uma ótica liberal, a obrigação de intervenção de terceiros e do Estado para satisfazê-las. Por isso, sustenta que não bastam direitos civis e políticos, demonstrando serem igualmente indispensáveis direitos sociais para uma visão genuinamente liberal.

A partir desse argumento, que evidencia a interdependência entre as distintas necessidades humanas, sejam aquelas relativas a direitos individuais,

¹⁵⁴ No mesmo sentido, a crítica de Dussel a Amartya Sen, em , **Hacia una economía política**, ob. cit., p. 140-141.

¹⁵⁵ NINO, Carlos Santiago. **Autonomía y necesidades básicas**. In Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante, 1990, n. 7, p. 21-34.

sejam coletivos, pode-se sustentar que a igualdade hierárquica e interdependência entre os direitos fundamentais civis e políticos e os sociais, diversamente do que pensava Bobbio, é que é o verdadeiro “ponto sem volta” de qualquer democracia minimamente coerente e realista nos tempos atuais. Contudo, retornando ao pensamento de Nino, a noção de indivíduo que pretende privilegiar ainda é aquela que ignora o caráter formativo das estruturas sociais sobre esses mesmos indivíduos e sobre as condições materiais que delimitam as possibilidades de eleição de fins.

Segundo sustenta em sua teoria, os indivíduos são livres para buscar quaisquer objetivos, desde que não interfiram na mesma liberdade dos demais. É a absoluta espontaneidade e ausência de constrangimentos para a eleição dos próprios fins, o que pretende proteger. No entanto, os produtos da ação descoordenada desses atores fragmentários são justamente as leis de ferro do “livre” mercado, que voltam por sobre suas cabeças como efeitos não intencionais dessa ação. As relações mercantis são a única forma de coordenação da divisão social do trabalho plausível, em uma sociedade altamente diferenciada na qual se torna impossível um conhecimento e uma velocidade de ação suficientes para substituir o mercado por uma coordenação totalmente planificada.¹⁵⁶ O mercado autorregulado é o produto da conduta atomística pretensamente autônoma dos sujeitos, que volta sobre os mesmos na forma de leis heterônomas ferrenhas e compulsórias.¹⁵⁷ Essa, portanto, já é uma limitação não intencional da ação intencional dos indivíduos livres. Ocorre que esse

¹⁵⁶ Para a noção de coordenação da divisão social do trabalho ver HINKELAMMERT e MORA JIMÉNEZ, **Hacia una economía para la vida**, p. 85-105.

¹⁵⁷ Idem, *ibidem*, p. 171 e ss.

processo, deixado sob seu próprio motor, leva à absolutização do mercado, suprimindo cada vez mais o grau de liberdade não só na forma de constrangimentos à eleição dos fins, mas afetando mesmo as condições para satisfação das necessidades, tão importantes para uma vida autônoma, como reconhece Nino. Conforme já se ressaltou, o princípio que rege o capitalismo não é a produção crescente de bens para a satisfação de necessidades, mas o crescimento contínuo da rentabilidade. Sem uma contínua intervenção nesse processo, que deve ser realizada pelos mesmos indivíduos condicionados pelas suas determinantes, sejam eles dirigentes, cientistas ou público comum, o mercado capitalista socava suas próprias fontes de valor: a natureza e o homem. Assim, esse horizonte se impõe como limite aparentemente fático, que na verdade esconde um limite normativo imposto *a priori* à autonomia.

À medida que não se considera o papel formativo das estruturas sociais sobre a ação fragmentária dos sujeitos, não é possível realizar essa contínua correção que assegura justamente alguma liberdade possível. As condições sociais, que incluem, entre outras, a satisfação de necessidades, são determinantes da formação pessoal e da possibilidade para eleger X ou Y, o que se repete continuamente ao longo da vida. Isso não nega o espaço da ação individual, mas, ao revés, demonstra que estruturas sociais e ação individual condicionam-se mútua e incessantemente.

Assim, mesmo no liberalismo de Nino, fica bloqueada a possibilidade de implementação de um sistema econômico-político distinto do atual e que possibilite, ainda que se valendo de algum tipo de mercado socialmente regulado, a pretendida otimização igualitária das necessidades. Da

forma por ele concebida, as necessidades não podem atuar como escudos frente às preferências e decisões dos demais, como pretende, uma vez que não há quaisquer instrumentos nem critérios normativos para que elas sobredeterminem as escolhas dos fins.

2.5. Uma fundamentação pluridimensional

A partir da complementaridade entre as perspectivas de Hinkelammert e Mora e de Doyal e Gough, obtém-se um modelo normativo apoiado em necessidades que supera aquelas dúvidas iniciais quanto a sua viabilidade para fundamentar materialmente direitos. Desde logo é preciso reiterar que não se pretende que a teoria das necessidades projetada sobre os direitos humanos e direitos fundamentais resolva todos os problemas de fundamentação destes e, ainda, todos os problemas de exigibilidade jurídica daí decorrentes.¹⁵⁸ A satisfação das necessidades não é o fundamento último, nem único, nem suficiente dos direitos. Mas é, sim, um fundamento material histórico e necessário de qualquer sistema normativo. A historicidade das necessidades somente seria óbice para uma perspectiva jusnaturalista que almejasse um fundamento último e eterno para os direitos, mas não para um fundamento de uma juridicidade que se situa desde sempre na historicidade. Tal fundamento se apoia em uma concepção objetiva de necessidades e com pretensão de universalidade, como condições sem as quais há um dano grave e permanente à participação autônoma e crítica em uma forma coletiva de vida, o que as diferencia de meros desejos,

¹⁵⁸ No mesmo sentido, LUCAS e AÑON ROIG, ob. cit., p. 76-77.

preferências, interesses ou utilidades. Mas também é uma concepção que permite criticar qualquer forma de vida que desborde dos marcos de factibilidade postos a partir da satisfação de necessidades. Consoante o sustentado, pode-se afirmar um princípio normativo de satisfação ótima das necessidades que deve estar presente, de forma necessária, mas não suficiente, na fundamentação dos direitos. Um princípio normativo que, desde a origem, não se deixa engambelar pela enunciação de direitos que fazem pouco caso das suas condições de possibilidade e da desigualdade de acesso à produção e distribuição de bens no seio da divisão social do trabalho. A fundamentação em necessidades denuncia os reducionismos formais de grande parte das teorias jurídicas.

Assim vistas as coisas, ademais, não há oposição entre “a provisão das condições básicas para todo homem” e “a proteção de seu plano de vida” como insinua a armadilha utilitarista. Ao revés, tais âmbitos são sinérgicos. Nem risco de reduzir as necessidades à mera eleição de bens preferíveis ou a um conjunto de mínimos de existência destinados à simples reprodução da força de trabalho como mediação do capital. A satisfação das necessidades é o ponto no qual a noção de um princípio jurídico da dignidade da pessoa humana pode se apoiar para alavancar sua normatividade, com algum sentido material, em uma forma social que inverteu a dignidade da pessoa, substituindo-a pela dignidade da maximização do capital.

Cabe, agora, seguindo a argumentação de Enrique Dussel, tão somente situar o lugar do fundamento material propiciado pelas necessidades em um espectro de fundamentação mais amplo, que envolve, como fundamentos

necessários, mas cada qual insuficiente, critérios procedimentais de democracia deliberativa e de factibilidade ética.

Os intentos de superação do relativismo mais influentes no debate jurídico contemporâneo têm sido aqueles que absolutizam o aspecto formal de validade dessa escolha (Rawls) ou o aspecto procedimental intersubjetivo de deliberação (Habermas). Ainda que um fundamento possa ser valioso, ao ponto de ser considerado necessário, não há porque derivar-se daí que esse seja um fundamento único e suficiente, reduzindo a riqueza da realidade humana. Por isso a opção aqui tomada por um espectro de fundamentação mais complexo ou, na expressão de Senent de Frutos, uma pluralidade de dimensões fundamentadoras.¹⁵⁹

Com Dussel, pode-se falar de um tripé de fundamentos, material, procedimental e de factibilidade.¹⁶⁰ Opina-se que a teoria das necessidades, conforme aqui desenvolvida, permite dar maior concretude a importantes aspectos daquilo que Dussel denomina o princípio material universal de produção, reprodução e desenvolvimento (aumento) da vida humana em comunidade e que é subsumido, no campo político, que o direito integra, como princípio político material. Tal princípio implica que toda norma, ação ou instituição política

tengan siempre por propósito la producción, mantenimiento y aumento de la vida inmediata de los ciudadanos de la comunidad política, en último término, de toda la humanidad, siendo responsables también de

¹⁵⁹ SENENT DE FRUTOS, ob. cit., p. 56.

¹⁶⁰ DUSSEL, **Ética da libertação**.

esos objetivos en el mediano y largo plazo” englobando as três subesferas ecológica, económica e cultural.¹⁶¹

Trata-se da vida como modo de realidade de todo e cada sujeito humano que exige conteúdos necessários e a observância a limites, sem os quais ocorre a negação da produção, reprodução ou desenvolvimento da vida concreta individual ou coletivamente considerada, em curto, médio ou longo prazo.¹⁶²

Na teoria das necessidades condensam-se os aspectos econômicos, ecológicos e culturais da dimensão material¹⁶³, de modo a permitir articulá-las no interior do discurso jurídico de forma normativa, explicitando os conteúdos necessários para a vida.¹⁶⁴ Como já ressaltado, os valores socialmente compartilhados, que definem as múltiplas hierarquizações possíveis entre as necessidades, não são a última referência material do conteúdo das normas, mas sim a produção, reprodução e desenvolvimento (aumento) da vida em comunidade como critério material universal, necessário, mas não suficiente.¹⁶⁵ A normatividade das necessidades cumpre a delimitação dessa esfera material de fundamentação não só da política em geral, mas do sistema jurídico e, em especial, da maior parte dos direitos fundamentais, notadamente o direito ao trabalho.

¹⁶¹ DUSSEL, **20 Tesis de Política**, México, Siglo XXI/CREFAL, 2006, p. 73-75.

¹⁶² No mesmo sentido, LUDWIG, **Filosofia e filosofia do direito**, ob. cit., p. 77.

¹⁶³ Sobre esses três aspectos da dimensão material, DUSSEL, **20 Tesis de Política**, ob. cit., p. 55-61, 69-75

¹⁶⁴ Embora sem desenvolver o conceito de necessidades, Dussel enuncia expressamente o seu enlace com o princípio material da política, na condição de critério de verificação deste: “La *satisfacción* de las necesidades de la corporalidad viviente de los ciudadanos (ecológicas, económicas y culturales) *probarán como hecho empírico* el logro de la pretensión política de justicia del gobernante. Es un principio con pretensión universal, cuyo limite es el planeta Tierra y la humanidad en su conjunto, en el presente y hasta en el lejano porvenir.” Idem, ibidem, p. 75. Adverte-se, porém, que aqui se compreende a esfera jurídica de modo mais amplo que apenas um momento formal do político, sendo capaz de subsumir juridicamente, as dimensões material, democrática e de factibilidade, conforme se explicita no capítulo 4.

¹⁶⁵ DUSSEL, **Hacia una filosofía política crítica**, p. 275.

Esse critério integra-se em um conjunto pluridimensional no qual também se insere o princípio democrático. Em diversas versões dos programas de desenvolvimento econômico, as necessidades compareceram como critério único de deliberação, capazes de justificar sua elaboração segundo a autoridade científica de técnicos especializados. Há, aí, desconsideração da indispensável participação democrática pelos afetados. As versões mais extremas desse desvio tecnocrático foram vistas em experiências do socialismo real, que pretendiam uma planificação total com eliminação de qualquer espécie de mercado. Não é injusta, aí, a pecha de “ditadura das necessidades”, levantada pelos integrantes da Escola de Budapest. Dos maiores ensinamentos deixados pelos socialismos reais está o de que a pretensão de plena planificação, excluindo qualquer espécie de mercado socialmente regulado, em substituição à participação democrática, implica a redução da política à administração (razão instrumental).¹⁶⁶

Por isso, a participação democrática nos processos deliberativos não pode jamais ser afastada em qualquer dos seus momentos. É aqui que o Estado de Direito se apresenta em toda a sua relevância. Tem-se, então, um outro critério necessário e insuficiente a ser observado. Para Dussel, uma enunciação aproximada de um princípio daí decorrente, seria a seguinte:

Debemos operar políticamente siempre de tal manera que toda decisión de toda acción, de toda organización o de las estructuras de una institución (micro o macro), en el nivel material o en el sistema formal del derecho (como el dictado de una ley) o en su aplicación judicial, es decir, en el ejercicio delegado del poder obediencial, sea fruto de un proceso de acuerdo por consenso en el que puedan de la manera más plena

¹⁶⁶ DUSSEL, **20 Tesis de política**, p. 59-60 e 79-80.

participar los afectados (de los que se tenga conciencia); dicho acuerdo debe decidirse a partir de razones (sin violencia) con el mayor grado de simetría posible de los participantes, de manera pública y según la institucionalidad (democrática) acordada de antemano. La decisión así tomada se impone a la comunidad y a cada miembro como un deber político, que normativamente o con exigencia práctica (que subsume como político al principio moral formal) obliga legítimamente al ciudadano.¹⁶⁷

Não se trata, novamente, de absolutizá-lo como critério último. Materialidade e procedimentalidade democrática atuam, cada qual de per si, como fundamentos necessários e insuficientes. Uma complementaridade que se integra de modo complexo, pois mesmo no âmbito das necessidades, que expressam uma dimensão material, pode-se afirmar a necessidade da participação democrática. É esse o sentido daquilo que Doyal e Gough denominam de estratégia dual, associando planejamento centralizado e participação dos afetados.

Ambos os princípios são ainda complementados por um princípio de factibilidade. Aquilo que atende, em tese, ao princípio material e é deliberado democraticamente, pode ser empiricamente impossível. Neste ponto, Dussel, após incorporar a racionalidade comunicativa de Apel e Habermas, desdobra a racionalidade reprodutiva de Hinkelammert em dois princípios, um material (racionalidade prática) e um de factibilidade ética (racionalidade estratégico-instrumental).

¹⁶⁷ Idem, ibidem, p. 79. Esclarece, ainda, o autor, p. 63 e 81, que: “Los diversos sistemas democráticos empíricos son siempre concretos, inimitables en bloque por otros estados y siempre mejorables. La democracia es un sistema perpetuamente inacabado. (...) El total sistema democrático liberal, por ejemplo, es, igualmente, un sistema concreto. De ninguna manera es un principio normativo y ni siquiera un ejemplo a imitar. (...) Los sistemas democráticos poscoloniales y periféricos deberán estudiar instituciones concretas y desde el principio democrático crear nuevos sistemas concretos, factibles, apropiados.”

La “pretensión de factibilidad política” de la acción estratégica, entonces, debe cumplir con las condiciones normativas materiales y formales en cada uno de sus pasos, ya establecidas en los parágrafos anteriores, pero además, con las exigencias propias de la eficacia política, en el manejo de la escasez y la gobernabilidad, para permitir a la factibilidad normativa del poder dar existencia a un orden político que, en el largo plazo, alcance permanencia y estabilidad (...).¹⁶⁸

Aqui, então, as necessidades devem ser satisfeitas considerando-se os aspectos relativos à escassez de recursos diante de uma potencial infinitude das necessidades intermédias e satisfatores específicos. Por isso, a normatividade das necessidades refere-se à satisfação ótima de necessidades básicas dentro dos marcos de factibilidade que delimitam a esfera de variabilidade dos valores cujos conflitos são deliberados publicamente em processos sociais regulados por meio do sistema democrático.

Esses três momentos, material, formal e de factibilidade, podem formar um plexo de fundamentação normativa necessária para a ética, a política o direito. Contudo, conforme se vem ressaltando desde o primeiro capítulo, por mais que se leve a sério a pretensão de alcançar uma ordem boa – e em qualquer nível prático, micro ou macroestrutural – ela sempre será imperfeita e sempre haverá vítimas, que tiveram aspectos da vida negados por essa pretensão de bondade. Por isso, a libertação é sempre contínua e depende de interpelar-se continuamente, toda ordem institucional, a partir da experiência da negatividade das vítimas.¹⁶⁹

¹⁶⁸ Idem, ibidem, p. 83.

¹⁶⁹ Aqui se situa toda a parte 2 da Ética da Libertação, de Dussel, em que, agora, comparecem três princípios críticos simétricos aos três princípios fundamentais: crítico-material, crítico-formal e princípio de libertação, que subsume todos os princípios anteriores.

Agora estamos em condições de dar o passo derradeiro no caminhar das necessidades à fundamentação dos direitos.

2.6. Das necessidades aos direitos fundamentais

Talvez o aduzido nos itens anteriores já bastasse para afirmar nas necessidades um fundamento necessário e não suficiente para os direitos fundamentais, associando o argumento da racionalidade reprodutiva e os marcos de factibilidade de Hinkelammert e Mora com o argumento moral comunitário de Doyal e Gough, o qual sustenta a exigência de ótima satisfação de necessidades básicas. Contudo, num ambiente em que o relativismo e a interdição de qualquer afirmação forte da vida humana são a tônica, é prudente levar adiante um esforço de demonstração desde logo aceitável a um leque de pensamento mais amplo.

Segundo Añon Roig, ao se pretender a pura e simples derivação direitos a partir de necessidades “se producen dos pasos sin justificar: el primero, que la existencia de una necesidad implica directamente su satisfacción y el segundo, que esa satisfacción constituye un derecho.”¹⁷⁰

Essa objeção é válida em face de perspectivas que pretendem identificar a constatação de uma real necessidade específica com a existência de um direito daí decorrente. Mas não se aplica à proposta aqui sustentada de que todo sistema ético, político ou jurídico está obrigado a observar os marcos de factibilidade em termos gerais de satisfação das necessidades, sob pena de

¹⁷⁰ AÑÓN ROIG, María José. **Necesidades y derechos: un ensayo de fundamentación**. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 275.

autocontradição. Espécies de argumentos deste último gênero estão presentes tanto em Hinkelammert e Mora quanto em Doyal e Gough¹⁷¹.

A par disso, o argumento ainda é vulnerável, quando se trata de fundamentar direitos fundamentais. É questionável que somente o direito ao atendimento a uma dada necessidade (uma necessidade intermédia, que realiza uma necessidade básica, para usar a nomenclatura de Doyal e Gough, como seria o caso da necessidade de condições saudáveis de trabalho) determina o reconhecimento de um direito fundamental. Nem só de necessidades básicas vivem os direitos fundamentais. Pretender que somente necessidades básicas possam fundamentar direitos fundamentais implicaria uma visão inaceitavelmente reduzida da existência humana e do papel dos direitos para a sociabilidade. Estes expressam o reconhecimento e a garantia de reivindicações sócio-históricas que se afirmam como direito, mas que muitas vezes não são passíveis de tradução em termos de necessidades, mormente sob o conceito exigente aqui desenvolvido. Conforme já ressaltado, o marco das necessidades não esgota o campo dos princípios e valores que são expressados democraticamente no âmbito constitucional e que igualmente podem conformar a fundamentalidade material de um direito a par de sua fundamentalidade formal.

Garantir necessidades básicas, erigindo-as em direitos de cidadania e desvinculando-as da mera assistência tutelar¹⁷² é uma das funções

¹⁷¹ Estes últimos reportando-se a Plant e Lesser, complementando-o com o argumento moral comunitário da reciprocidade do reconhecimento de direitos à satisfação ótima de necessidades a quem se espera o melhor cumprimento do dever.

¹⁷² Vale mencionar, a título de advertência quanto à pretensão de substituir direitos sociais por uma visão tutelar de desenvolvimento humano, baseada em uma concepção minimalista de necessidades, a afirmação de ALVAREZ, ob. cit., p. 250: “El discurso del desarrollo humano substituye los derechos sociales, ya sea que estos se asienten en la condición de ciudadano o en la de trabajador, por los programas focalizados. Esto se

primordiais dos direitos fundamentais, mas apenas uma dentre outras. O que se vem sustentando, coisa diversa, é que o sistema político-jurídico como todo há de observar o marco de satisfação das necessidades, buscando sua satisfação ótima.¹⁷³ Mas nem todo direito fundamental é expressão direta de satisfação de uma necessidade, o que resultaria em cancelar o minimalismo em direitos fundamentais, já acima criticado. Veja-se, por exemplo, o caso dos direitos de que tratam os arts. 5º, XXVIII, b, ou 7º, XXIX, da CRFB, nos quais essa relação é, no mínimo, muito distante.

Por outro lado, nem toda necessidade implica um direito fundamental à sua satisfação garantida pelo Estado. Exemplificando, embora se possa dizer que há uma necessidade universal de viver relacionamentos afetivos e amorosos, não se pode justificar, com isso, um direito a obter-se do Estado um “relacionamento amoroso”. Desde logo, porque provavelmente não seria uma forma eficaz de autorrealização pessoal obter uma tal prestação do Estado. Mas essa necessidade pode ser relevante para determinar-se certo padrão de tratamento de crianças em instituições escolares, ou para obstar-se que terceiros impeçam injustificadamente que pessoas obtenham, por si, a realização desse objetivo. Sobretudo, tal necessidade pode contribuir para justificar um direito a que se satisfaçam outras necessidades, como de tempo livre, renda, saúde, que condicionem a possibilidade para que alguém seja capaz de realizar relacionamentos amorosos.

traduce en dispositivos de intervención tutelares focalizados territorialmente, junto a derechos culturales abstractos que dicen fortalecer la identidad y multiculturalidad en el ámbito micro local, pero que reproducen la diferencia social y cultural a nivel de políticas macroeconómicas nacionales e internacionales.”

¹⁷³ Sobre a noção de satisfação ótima de necessidades, conforme Doyal e Gough, de modo inteiramente diverso da conhecida “optimalidade de Pareto”, ver o item supra.

Conclui-se, por tais razões, que **a)** nem todas as necessidades podem ser imediatamente trasladadas para o discurso jurídico na forma de direitos subjetivos, ao passo que **b)** nem todos os direitos fundamentais são expressões diretas de necessidades. Mas **c)** a normatividade jurídica se submete a um marco geral de satisfação ótima das necessidades. Bem assim, como consequência da assertiva anterior, **d)** uma necessidade que corresponda aos critérios já definidos atua como fundamento, *prima facie*, de sua exigibilidade jurídica, transferindo a carga argumentativa para a sua não exigibilidade jurídica. A par disso, **e)** embora nem todos os direitos fundamentais se reportem diretamente a necessidades, quando este for o caso a normatividade das necessidades preenche materialmente os direitos fundamentais que lhe dizem respeito. A teoria das necessidades, pois, permite não só oferecer razões normativas para esclarecer as condições, modos e limites da fundamentação de direitos a partir de necessidades, como também esclarecer o conteúdo dos direitos fundamentais que a elas se referem.

Esclarecido este aspecto, cabe fincar pé, outrossim, em que a normatividade a partir das necessidades deve situar-se, para além de direitos morais, em direitos fundamentais. Diversamente da tese positivista da separabilidade entre direito, política e moral, pode-se afirmar que as dimensões política e moral são inseparáveis do direito.¹⁷⁴ Mas, nas sociedades contemporâneas, há de se reconhecer que a positivação de direitos fundamentais relativos à satisfação de necessidades é uma condição necessária e insuficiente de sua realização, por criar uma instância de exigibilidade protegida contra as

¹⁷⁴ O tema será retomado no capítulo 4.

contingências das maiorias eventuais e das políticas meramente tutelares. Neste aspecto, tanto direitos civis e políticos quanto os chamados direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais expressam, em grande parte, exigências de satisfação de necessidades indispensáveis para uma participação comunitária autônoma e crítica. Liberdade de expressão, direito de ir e vir, participação política, direito à educação, à saúde ou ao trabalho são equivalentes em termos de seu papel instrumental à realização de necessidades. Sua fundamentalidade material tem, assim, igual estatuto.

Por isso, tem-se que não há razões para se limitar o papel fundamentador das necessidades aos direitos sociais.¹⁷⁵ Tal restrição, que é tributária de uma visão minimalista das necessidades, não se justifica diante de uma compreensão de necessidades básicas como necessidades da corporalidade em sentido amplo e que evidenciam que tanto direitos sociais quanto direitos de liberdade protegem a realização de necessidades. Em sua obra clássica, Theodor Marshall vai identificar nas necessidades históricas da burguesia insurgente a gênese dos direitos civis e políticos, aos quais se sucederam os direitos econômicos, que atendiam às necessidades de igualdade e liberdade fática das massas trabalhadoras, não alcançadas por aqueles primeiros.¹⁷⁶ Sem entrar nos inúmeros problemas dessa visão “geracionista” dos direitos, o que importa ressaltar, aí, é a integração e interdependência entre as diversas necessidades na fundamentação de direitos fundamentais. Além do fato, hoje largamente

¹⁷⁵ Como o faz, entre outros, CONTRERAS PELÁEZ, ob. cit.

¹⁷⁶ MARSHALL, Theodor H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro, Zahar, 1967, p. 63-70. Essa vinculação é ressaltada por WOLKMER, Antonio Carlos. **Sobre a teoria das necessidades: a condição dos “novos” direitos**. In Revista Alter Ágora. Florianópolis, UFSC, n. 1, maio/1994, p. 44-45.

reconhecido pela melhor doutrina, de que também os direitos de liberdade ou direitos de defesa dependem de inúmeras prestações positivas do Estado, vale agregar, a esse argumento, a não diferenciação entre direitos de liberdade e direitos sociais no que tange ao fundamento de grande parte deles em necessidades básicas.

Perceber essa equivalência, ao revés de implicar qualquer diminuição na importância dos direitos sociais, contribui para a compreensão da interdependência e indissociabilidade entre os chamados DCPs e DESCs, vez que ainda não são poucos os que sustentam um estatuto subordinado dos direitos sociais frente aos ditos direitos de liberdade. O direito ao trabalho não assegura uma via meramente instrumental de “ganhar a vida”, modo reduzido no qual o tempo de trabalho é uma degradação do tempo de vida, mas também serve ao trabalho em seu papel constitutivo, de exercício autônomo das capacidades, o trabalho como momento essencial da liberdade e do tempo de vida.

2.7. Excurso: necessidades e garantia do mínimo existencial

Tais considerações também são importantes para se esclarecer a virtual contribuição da teoria das necessidades à compreensão do conceito jurídico de mínimo existencial. Quer-se, aqui, apenas indicar a questão, sem pretender o seu aprofundamento, que desfocaria o objeto deste estudo.

Desenvolvido inicialmente no âmbito da doutrina e jurisprudência alemãs, hoje se observa o seu espraiamento doutrinário e jurisprudencial como elemento destacado da teoria dos direitos fundamentais. Há, na doutrina, diversas

conceitualizações do mínimo existencial. Numa aproximação geral do conceito, este propiciaria um conjunto de condições prestacionais indispensáveis à vida digna que poderia ser exigido diretamente do Estado, ainda que na ausência de interpolações legislativas ou regulamentares – dimensão prestacional – e estaria blindado contra intervenções de parte do Estado e de particulares – dimensão garantística. A diversidade de conceitos, todavia, reproduz analogamente o mesmo debate entre os defensores do minimalismo em necessidades e os defensores de um padrão ótimo de satisfação de necessidades básicas. A referência apenas à doutrina nacional serve para identificá-lo.

Ricardo Lobo Torres, pioneiro no tema no Brasil, aproxima o mínimo existencial do mínimo de subsistência, ao defini-lo como aquela parcela mínima dos direitos à alimentação, saúde e educação “sem a qual o homem não sobrevive”.¹⁷⁷ Ana Paula de Barcellos identifica o mínimo existencial com o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, âmbito no qual esta tem o caráter de regra, insuscetível de ponderação ou otimização. Para a autora, o mínimo existencial “é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça.”¹⁷⁸ Já Ingo Sarlet considera que nem sempre o núcleo essencial e o conteúdo em dignidade dos direitos fundamentais corresponde ao

¹⁷⁷ TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**, in Revista de Direito Administrativo, n. 177, 1989, p. 20-49. É significativo que não se cogita sequer de um “mínimo vital” relacionado ao direito ao trabalho, o que evidencia que este é visto apenas como instrumento de subsistência.

¹⁷⁸ BARCELLOS, ob. cit., pp. 194, 198 e 258. É relevante considerar como o trabalho é desconsiderado, na visão da insigne constitucionalista, como elemento integrante do núcleo da dignidade humana, ao passo que os elementos eleitos expressam uma visão tributária do minimalismo de subsistência já referido. Ao excluir, por exemplo, o ensino médio de tal concepção de mínimo, a autora se vincula a limites mínimos arbitrários que não se justificam normativamente. Além do problema da falta de parâmetros para o “quantum” de satisfação correspondente ao mínimo existencial, considera-se que o elenco de necessidades básicas eleito pela autora é injustificadamente restrito.

mínimo existencial. Define este “como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida saudável”¹⁷⁹, considerando a saúde em seu sentido mais amplo – o que, opina-se, poderia ser traduzido em termos de necessidades, não só de saúde física, mas também de autonomia, incluindo o trabalho. Paulo Leivas, dedicando-se especificamente ao tema, sustenta “uma definição mais geral, que aponta o direito ao mínimo existencial como o direito de satisfação das necessidades básicas”. E, reportando-se à teoria das necessidades de Doyal e Gough, afirma o direito ao mínimo existencial como direito à satisfação ótima (mínimo ótimo) das necessidades intermédias.

O direito ao mínimo existencial é, então, o direito à satisfação das necessidades básicas, ou seja, direito a objetos, atividades e relações que garantem a saúde e a autonomia humana e, com isso, impedem a ocorrência de dano grave ou sofrimento em razão da deficiência de saúde ou impossibilidade de exercício da autonomia.¹⁸⁰

Opina-se que uma conceituação de necessidades básicas que implica uma obrigação *prima facie* de satisfação ótima, nos termos já explicitados, pode melhor esclarecer o conteúdo do mínimo existencial. Com a adoção da conceitualização objetiva de necessidades aqui sustentada, poder-se-ia escapar à crítica de autores como Gustavo Amaral, para quem “haveria uma ampla zona de transição entre o mínimo existencial e o ‘não mínimo’”, de modo que tal conceito daria ensejo a “um enorme campo para o subjetivismo, ou mesmo para o

¹⁷⁹ SARLET e FIGUEIREDO, **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde, algumas aproximações**, in SARLET e TIMM, ob. cit., p. 25.

¹⁸⁰ LEIVAS, ob. cit., p. 13.

“achismo””.¹⁸¹ Bem assim, a teoria das necessidades contribui decisivamente com a crítica às concepções minimalistas de mínimo existencial, propiciando alguns parâmetros relevantes para uma definição contextual de condições vida digna. Ainda, propicia criticar-se a perigosa redução da fundamentalidade dos direitos sociais a um mínimo de subsistência. Com efeito, as mesmas considerações já feitas quanto às implicações das diversas versões das teorias das necessidades, são pertinentes à definição do mínimo existencial. Cabe, porém, explicitar ainda alguns aspectos.

Considera-se que tem razão Ingo Sarlet, ao afirmar que nem todos os direitos fundamentais decorrem diretamente da dignidade humana ou do mínimo existencial, não sendo a este redutíveis e, portanto, nem todos os direitos fundamentais se baseiam diretamente em necessidades.¹⁸² Essa advertência não só tem procedência, mas é relevante, uma vez que se observa na literatura parcela de autores que sustentam ser o mínimo existencial a condição de possibilidade da exigibilidade dos direitos fundamentais sociais diretamente a partir das normas constitucionais, de forma independente de interpolação do legislador infraconstitucional. Em outras palavras, o amesquinamento dos direitos fundamentais sociais ao seu mínimo seria o requisito da sua exigibilidade subjetiva direta.¹⁸³ O núcleo essencial dos direitos fundamentais, inclusive dos

¹⁸¹ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 213-214.

¹⁸² Idem, ibidem, loc. cit. No mesmo sentido, OLSEN, ob. cit., p. 319, para quem “nem sempre um direito fundamental social terá no seu núcleo um conteúdo equivalente ao mínimo existencial. No caso do direito à saúde, por exemplo, a correspondência entre núcleo essencial e mínimo existencial parece bastante clara. O mesmo, entretanto, não ocorre se for tomado como parâmetro o direito fundamental à participação nos lucros do empregador.”

¹⁸³ Essa é a posição de ANDRADE, José Carlos Vieira de. ob. cit., p. 308. TORRES, Ricardo L. **A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial**. p. 1-2.

denominados direitos sociais, expressa objeto mais amplo que o mínimo existencial.

Contudo, pode-se dizer que, onde há a positivação de direitos fundamentais relativos a necessidades, a sua normatividade moral se integra à normatividade jurídica e impõe que, *prima facie*, está juridicamente assegurada a sua garantia em níveis ótimos. Nessas condições, a teoria das necessidades pode contribuir para a noção de mínimo existencial, vez que este conceito pode ser entendido como a satisfação ótima (ótimo mínimo) das necessidades básicas por meio de necessidades intermédias, sem as quais há um dano grave e permanente à participação autônoma e crítica na vida comunitária (incluídas suas condições de sustentabilidade). O mínimo existencial, assim, estaria apto a justificar um direito subjetivo às prestações estatais indispensáveis a sua satisfação e à garantia contra as violações desse patamar essencial.

A par disso, na esteira do já salientado, uma adequada teoria das necessidades evidencia o caráter injustificado da diferenciação entre DESCs e DCPs com base em sua relação com as necessidades e com o mínimo existencial. O mínimo existencial diz respeito à realização de necessidades que são pertinentes a ambos os tipos de direitos dessa classificação tradicional, não se restringindo a necessidades de subsistência.

2.8. Do caráter radical do trabalho à riqueza humana como riqueza em necessidades

2.8.1. O trabalho como necessidade radical

O debate em torno de padrões mínimos ou ótimos de realização de necessidades traz à tona a questão da potencial e continuada expansão das necessidades humanas. Recordando que a teoria das necessidades se esgueira entre duas cercas de espinhos venenosos, a noção marxiana das necessidades, entendidas tanto em sua dimensão ontológica, quanto como produto histórico da ação humana, propicia uma poderosa crítica contra o minimalismo de subsistência, que representa uma dessas cercas.¹⁸⁴ Por outro lado, várias vertentes marxistas sobre necessidades – não todas – acabaram apresadas na cerca oposta, o relativismo.

Na obra marxiana, em especial nos Manuscritos de 1844, a crítica do estranhamento do trabalho na modernidade está umbilicalmente ligada à questão das necessidades.¹⁸⁵ Nas palavras de Ernest Mandel:

“Marx demonstra que a alienação não se limita à alienação do produto do trabalho e dos meios de produção, que se tornam forças exteriores hostis, esmagando o produtor. Ele efetua principalmente uma análise

¹⁸⁴ Como ressalta AÑÓN, ob. Cit., p. 37, Marx não formula uma teoria unitária das necessidades. O mesmo aspecto é ressaltado por Heller, para quem Marx “no define nunca el concepto de necesidad, y ni siquiera describe qué debe entenderse con tal término.” HELLER, Agnes. **Teoria de las necesidades em Marx**, p. 21. Ambas as autoras, porém, ressaltam a centralidade dessa categoria em sua obra.

¹⁸⁵ MARX, Karl. **Manuscritos econômicos filosóficos**. São Paulo, Martin Claret, 2001, p. 110-122 e 149-171. FRAGA, ob. cit., p. 144 e ss.

lúcida dos efeitos que a produção de mercadorias, em regime de concorrência, provoca em matéria de *alienação das necessidades*.¹⁸⁶

Essa alienação das necessidades própria da sociedade capitalista apoia-se no vínculo ontológico entre trabalho e necessidades. No processo de trabalho, como objetivação, que é sempre uma atividade social, realiza-se o intercâmbio com a natureza, produzindo objetos em função de suas necessidades, transformando e humanizando o mundo. Os objetos produzidos, bens de consumo e instrumentos de trabalho, são então apropriados pelos sujeitos mediante o consumo e novos processos de trabalho. Com isso, transformam-se as capacidades e aptidões humanas a partir da apropriação desses objetos, incorporados a sua atividade. Transformam-se, também, as próprias necessidades, que não são inatas, mas produtos da ação humana, levando à criação de novas formas de satisfação e relações sociais a elas correspondentes. Nesse processo, transforma-se o homem a si mesmo, como ser histórico.¹⁸⁷ O homem cria a si mesmo pelo trabalho.

Como bem evidencia Paulo Fraga, o tema das necessidades torna-se privilegiado, na leitura de Marx da economia política, no mesmo momento de sua trajetória intelectual em que, superando as limitações de Feuerbach, percebe o trabalho como categoria central.¹⁸⁸ Trabalho e necessidades estão visceralmente ligados, a partir daí, na ontologia marxiana do ser social. “A necessidade de sociedade dos operários nasce de uma situação concreta em que

¹⁸⁶ MANDEL, Ernest. **A formação do pensamento econômico de Karl Marx: de 1843 até a redação de O Capital**. Rio de Janeiro, Zahar, 1968, p. 35.

¹⁸⁷ ANÓN, ob. cit., p. 46 ressalta o caráter dual, ontológico e histórico, das necessidades em Marx.

¹⁸⁸ FRAGA, ob. cit., p. 139 e *passim*.

eles estão apartados da sociedade, precisamente no sentido em que não usufruem de suas riquezas; apenas as produzem.”¹⁸⁹

Mais adiante, diz Marx em “A miséria da filosofia”:

Lo que caracteriza a la división del trabajo en la fábrica mecanizada es que en ella el trabajo ha perdido todo su carácter de especialidad. Pero desde el momento en que se detiene todo desarrollo especial, comienza a hacerse sentir la necesidad de universalidad, la tendencia hacia un desarrollo integral del individuo.¹⁹⁰

O grande potencial crítico da teoria marxiana das necessidades está na relação entre trabalho e necessidades radicais, contradição produzida pela sociedade capitalista, conforme a síntese de Heller:

Es la sociedad capitalista la que provoca la manifestación de las necesidades radicales produciendo de este modo sus propios seputureros; necesidades que son parte constitutiva orgánica del “cuerpo social” del capitalismo, pero de satisfacción imposible dentro de esta sociedad y que precisamente por ello motivan la praxis que trasciende la sociedad determinada.¹⁹¹

Marx demonstra como a condição do trabalho na sociedade capitalista aponta para necessidades radicais de superação dessa sociedade, justamente porque, engendrando a alienação do trabalho, nega a realização das necessidades humanas.

¹⁸⁹ Idem, ibidem, p. 163.

¹⁹⁰ Apud HELLER, ob. Cit., p. 109.

¹⁹¹ Idem, ibidem, p. 106. HELLER desenvolve a categoria marxiana de necessidades radicais, segundo o qual o capitalismo produz tanto a alienação quanto a necessidade de transcendê-la, em **Teoria de las necesidades em Marx**, especialmente p. 87-113. Posteriormente, vai entendê-la apenas como necessidades qualitativas, não quantificáveis e inteiramente desvinculadas de uma teoria da história, passando a defender o abandono da perspectiva de transcender à formação social atual. HELLER, **Una revisión de la teoría de las necesidades**, p. 75-77.

Mas a crítica à relação negativa entre trabalho e necessidades no capitalismo pressupõe a afirmação positiva de uma distinta relação em que se estabelece este vínculo. Um sistema de necessidades humano não alienado, sem o qual não se pode explicar a divisão do trabalho e o surgimento de necessidades alienadas.¹⁹² Nas palavras de Fraga, “sem o trabalho, não há necessidades hominizadas; mas sem elas o trabalho não tem objeto constitutivo movente.”¹⁹³

Deve-se sempre, porém, acrescentar que as necessidades humanas não são estáticas nem uniformes, pois são expressões da pluralidade humana e da sua capacidade de criar novas necessidades e reinventar as hierarquias valorativas entre elas.¹⁹⁴ “Descobrimos” aquilo que somos capazes ou não de fazer e aquilo que necessitamos nos processos sociais de interação, que acontecem em contextos particulares e transformam-se historicamente. A produção de novos objetos satisfatores impulsiona a criação/transformação de necessidades e ao mesmo tempo é por elas impulsionada. Assim, as necessidades humanas estão em permanente redefinição e criação. Essa dinâmica impulsiona a reivindicação do direito a novos bens satisfatores e constitui, assim, a condição de possibilidade do aparecimento de “novos direitos”.¹⁹⁵

É neste ponto se concentra a hipótese deste estudo, de que há um duplo déficit na fundamentação do **direito ao trabalho**. Perdeu, o **direito**, a conexão com as necessidades, devorado pelos dois extremos, do relativismo dos

¹⁹² AÑÓN, ob. cit., p. 44.

¹⁹³ FRAGA, ob. cit., p. 175.

¹⁹⁴ HERRERA FLORES. **Los derechos humanos desde la escuela de Budapest**, Madrid, Tecnos, 1989, p. 58 e ss.

¹⁹⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. “Sobre a teoria das necessidades: a condição dos ‘novos’ direitos”. In Alter Agora: **Revista do Curso de direito da UFSC**. Florianópolis, n. 01 (mai/1994), p. 42-47.

valores e do minimalismo da subsistência, ao passo que o **trabalho** é esvaziado de sua riqueza de sentidos estabelecidas em suas múltiplas conexões com as necessidades.

Contudo, se o caráter radical de certas necessidades, inclusive o trabalho, vindica um novo modo de produção, não se deve desperdiçar o potencial normativo das necessidades também para o cotidiano “normal”, por assim dizer, das relações sociais na sociedade capitalista, aqui e agora e durante o longo percurso da luta por sua superação, no interior de formas dominadas por esse mesmo modo de produção. Daí o esforço que se empreendeu para encontrar parâmetros normativos também em outras perspectivas teóricas, mais voltadas para esse tempo intermédio, que é o tempo inteiro da vida concreta de muitas gerações. Entre outras coisas, a identificação de parâmetros objetivos, embora historicamente situados, para o reconhecimento de necessidades com força de critério normativo. Isso, no entanto, não elimina a essência radical da demanda por necessidades.

2.8.2. Riqueza humana como “riqueza em necessidades”

Embora as necessidades sempre tencionem a sua negação, na forma de realização ou satisfação, isso de modo algum implica atribuir-lhes uma valoração pejorativa ou negativa. Ao revés, é a ampliação do conjunto das necessidades e capacidades humanas, ou, nas palavras de Paulo Freire, a

humana “vocação para ser mais”¹⁹⁶, que dimensiona a riqueza da experiência humana.

As necessidades apontam, simultaneamente, para uma ausência e uma presença. Se algo   necessitado, como falta, há algo necessitante, aí presente. Uma capacidade que necessita de uma mediação para realizar-se. Por isso, um ser humano sem necessidades não é humano. É um ser vazio, um não ser. O humano é um ser de necessidades – já o dizia Hegel. Um humano rico em necessidades é, antes, um sujeito rico de humanidade. E, como indivíduo sempre natural-social, essa riqueza em humanidade é a necessidade, nesse sujeito, da “maior riqueza, os outros homens”.¹⁹⁷

Assim, a crítica   desigualdade de acesso   produção e distribuição dos bens, objetos e relações satisfatores de necessidades não equivale à desqualificação das necessidades como algo negativo, a ser eliminado. A negatividade, na concepção dos Manuscritos de 1844, está no descompasso entre, de um lado, uma potencial riqueza em necessidades e de outro lado, a satisfação inadequada dessas necessidades. A sociedade capitalista é aquela em que as necessidades são reduzidas a necessidades do ter, em que o trabalho é reduzido em seu potencial de realização da riqueza em necessidades e em que os trabalhadores são relegados   pauperização e à luta por necessidades exclusivamente biológico-corporais.

¹⁹⁶ FREIRE, Paulo. **Pedagogia da esperança: um reencontro com a pedagogia do oprimido**. 9  ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2002, p. 10. Idem. **Pedagogia do oprimido**. 36  ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2003, p. 30.

¹⁹⁷ MARX, **Manuscritos econ micos filosóficos**, p. 148.

Marx contrapõe um critério de riqueza humana como riqueza em necessidades, ao critério de riqueza da sociedade burguesa, que é riqueza de mercadorias, ou seja, acúmulo circulante de trabalho alienado, pobreza, em suma. Nesta sociedade, a compulsão pelo consumo é produzida de forma estimular a ânsia pela aquisição de mercadorias, a fim de realizar o ciclo do capital. A crítica de Marx às falsas necessidades, nos Manuscritos de 1844, pode ser lida como crítica à criação de desejos cuja satisfação o próprio sistema não propicia. O interesse no consumo se exaure com a aquisição, sendo alheia ao processo a efetiva transformação das mercadorias adquiridas em satisfação das necessidades. A revés, a privação de necessidades só aumenta aquela compulsão pelo consumo.¹⁹⁸ Com isso, impede-se o desenvolvimento das capacidades humanas por meio do processo de trabalho.

Segundo Heller, o critério de riqueza humana expressa precisamente a conexão entre necessidades e valores em Marx.¹⁹⁹ A concepção marxiana de riqueza humana, como critério normativo ou referencial utópico, em que pesem as formulações oscilantes de Marx²⁰⁰, é precisamente a de seres humanos “ricos em necessidades” e, por isso, desenvolvidos em suas capacidades. É essa visão que ele contrapõe à ideologia da economia política, que “compreende o trabalhador como simples animal, burro de carga cujas

¹⁹⁸ AÑÓN, ob. cit., p. 56.

¹⁹⁹ HELLER, **Teoría de las necesidades em Marx**, Barcelona, Península, 1978, p. 47 e ss. AÑÓN, ob. cit., p. 45, ressalta oportunamente que, para Heller, valor é “tudo o que pertence ao ser específico do homem e contribui direta ou mediamente à realização desse ser específico”. Uma crítica à concepção axiológica de Heller vê-se em DUSSEL, *Hacia una política crítica*, p. 269 e ss. Uma excelente análise do lugar teórico da categoria necessidades na evolução do pensamento do jovem Marx, entre 1841 e 1844, período em que supera a Hegel e Feuerbach, encontra-se em FRAGA, ob. cit.

²⁰⁰ HELLER, **Teoría de las necesidades em Marx**.

necessidades se limitam exclusivamente às necessidades corporais”.²⁰¹ As necessidades não alienadas, pois, não são necessidades naturais ou primitivas, mas necessidades desenvolvidas historicamente em termos de sensibilidade, inteligência, sociabilidade, etc.²⁰²

Vemos agora como, em lugar da *riqueza* e da *pobreza* da economia política, surge o *homem rico* e a *riqueza da necessidade humana*. O homem rico é ao mesmo tempo o homem *necessitado* de uma totalidade de exteriorização vital humana; é aquele cuja realização existe como urgência natural interna, como *necesidade*. [...] A pobreza é o elo passivo que leva o homem a sentir como necessidade a maior riqueza, os *outros* homens.²⁰³

A identificação das necessidades com determinadas condições mínimas de subsistência autoritariamente definidas representa, na concepção marxiana, uma verdadeira desfiguração da realidade humana.²⁰⁴ É justamente a lógica da modernidade tecnológica, a qual levou de arrasto o projeto de estado social e atingiu extremos nos socialismos reais, aquela que “define las necesidades básicas a partir del critério de subsistencia, y desde él, se añaden, escalonadamente, una serie de condiciones materiales mínimas que mejoran y hacen más soportable esta subsistencia.”²⁰⁵ Segundo Marx, a sociedade capitalista não atende ao critério da riqueza da sociedade humana, “pela redução que faz das necessidades do trabalhador à manutenção indispensável e miserável

²⁰¹ MARX, *Manuscritos econômicos filosóficos*, p. 74.

²⁰² AÑÓN, ob. cit., p. 47-48.

²⁰³ MARX, *Manuscritos econômicos filosóficos*, p. 146. A tradução da edição referida foi modificada pelo cotejo com o texto trazido em HELLER, ob. cit., p. 40. Ver, ainda, HERRERA FLORES, *La riqueza humana como critério de valor*, in HERRERA FLORES (ed.), *El vuelo de Anteo*, p. 245-265; SÁNCHEZ RUBIO, *Filosofía, derecho y liberación en América Latina*, p. 224-234.

²⁰⁴ GUSTIN, ob. cit., p. 93.

²⁰⁵ SÁNCHEZ RUBIO, ob. cit., p. 277.

da vida física e da sua atividade ao mais abstrato movimento mecânico”, sendo incapaz, apesar da quantidade de bens que produz, de “transformar a necessidade básica em necessidade humana”²⁰⁶.

A questão fundamental, aí é que não se trata apenas de uma limitação da cesta de consumo do trabalhador, mas de uma limitação da própria riqueza humana, um bloqueio do contínuo desenvolvimento das necessidades e capacidades humanas no processo de trabalho. Por isso, a superação da alienação das necessidades não se dá sem a superação da alienação do trabalho, que é a primeira necessidade especificamente humana.

Considerada a crítica marxiana, não é exato dizer-se que as necessidades sejam o obstáculo à igualdade²⁰⁷, mas sim o é a desigualdade no acesso à produção, distribuição e transformação dos bens materiais e imateriais satisfatores de necessidades, no âmbito da divisão social do trabalho, que gera a alienação. É esse impedimento da adequada realização e desenvolvimento da riqueza humana em necessidades que dimensiona a necessidade de libertação.

Contudo, não se trata, como via Heller, de modo reducionista, de uma alternativa entre aceitar a modernidade e o mercado, de um lado, e propugnar a abolição do mercado e voltar aos modos pré-modernos de atribuição de necessidades e objetos satisfatores segundo o status de cada um, de outro.²⁰⁸ A alternativa ao “moinho satânico” do mercado total não é a abolição do mercado. De fato, a condição moderna leva à conduta fragmentária que produz o mercado, como conjunto de leis que se impõem por sobre a cabeça dos atores. Mas, não se

²⁰⁶ MARX, *Manuscritos econômicos filosóficos*, p. 149-151.

²⁰⁷ GOMES, ob. cit., p. 51.

²⁰⁸ HELLER, *Una revisión de la teoría de las necesidades*, p. 97.

trata de anular a modernidade, e sim de recuperar a natureza dual das sociedades mercantis. Nestas, deve operar uma constante mediação da tensão entre cálculo utilitário e bem comum, interesse particular e interesse geral, racionalidade quantitativa e necessidades qualitativas, produtividade e sustentabilidade ecológico-econômica, trabalho abstrato e trabalho concreto.

Assim, o que se trata não é de eliminar o mercado, mas de recuperar a mediação do mercado, no interior dessas mesmas relações mercantis. Para começar, assumindo que o mercado não assegura as suas próprias condições de existência pelos mecanismos da divisão social do trabalho, sendo indispensável a instância coordenadora capaz de intervir nos efeitos deletérios que o mercado produz sobre ele mesmo, sobre a humanidade e sobre a natureza. Trata-se, pois, de reabilitar a instituição mercado – tal qual o direito – como mediação para a vida, fazendo retroceder a colonização da sociedade pelo mercado. E é tarefa das instituições de uma sociedade democrática – e não só de uma sociedade civil livremente opinativa ou dos grupos sociais, como via Heller – recuperar essa instância mediadora.²⁰⁹

Neste ponto, entra em questão a proposta da Filosofia da Libertação de identificar a normatividade inerente ao fato da vida, capaz de avaliar normativamente qualquer sistema concreto de valor.²¹⁰²¹¹ Interpreta-se tal proposta como um intento de subsumir – aqui entendido não como substituir, nem excluir, nem reduzir, mas incorporar em um novo nível de determinação – o critério

²⁰⁹ HINKELAMMERT e MORA. **Cordinación social del trabajo**, p. 15-17 e 238 e ss.

²¹⁰ DUSSEL, **Ética da libertação**, capítulos 1 e 4.

²¹¹ Oportuna, também, a crítica de DUSSEL ao projeto de Agnes Heller de fundar uma teoria das necessidades sobre uma ética de valores, em **Hacia una filosofía política crítica**, p. 243-278. Sobre o critério e o princípio de factibilidade, ver HINKELAMMERT, **Crítica de la razón utópica** e DUSSEL, **Ética da libertação**, capítulo 3.

de riqueza humana em um critério e um princípio material universal de produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana. Opina-se que um critério e um princípio material universal de produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana em comunidade, associado a um critério e um princípio de factibilidade, que cumpram função normativa sobre os sistemas de valor que hierarquizam necessidades e bens satisfatores, tal como elaborado por Dussel a partir da obra de Hinkelammert, devem ser capazes de julgar, como juízo de fato, não só segundo a reprodução dos aspectos biológicos da vida e a satisfação de necessidades elementares ou de subsistência – ainda que satisfazê-las urgentemente possa ser a prioridade para a realidade latino-americana – mas também a satisfação da integralidade das necessidades antropológicas da corporalidade em seu sentido amplo. Trata-se, aí, do desenvolvimento da vida e das formas sociais em que se media a “vocação para ser mais” dos seres humanos como sujeitos ricos em necessidades.

2.9. Trabalho, necessidades e direito ao trabalho

Já se viu como as necessidades estão em estreita relação com o trabalho. É no processo de divisão social do trabalho que se criam, atualizam e reprimem necessidades, produzem-se ou postergam-se os bens satisfatores e disputa-se o acesso aos mesmos.

Tampouco resta dúvida da afirmação sócio-histórica do trabalho como necessidade, pelo menos desde os princípios da história do capitalismo. Na gênese da luta pelo direito ao trabalho está a dilacerante negatividade produzida

pela expansão do mecanismo automático do mercado autorregulável do sistema capitalista sobre as instituições que mediam a satisfação de necessidades humanas. Em todos os espaços em que se tratou de instituir um mercado de trabalho, os modos de vida das pessoas constituíam uma força de resistência que obstaculizava a transformação do trabalho em mercadoria. Para que se chegasse a um mercado de trabalho em condições de assegurar a rentabilidade exigida pelo crescente sistema industrial, foi essencial, antes, a produção artificial de um contexto de escassez que compeliu, pela fome ou ameaça da inanição individual, à separação entre trabalho e vida dos sujeitos em comunidade. Nas palavras de Marx,

“[...] esta separación absoluta entre la propiedad y trabajo, entre la capacidad viva del trabajo y las condiciones de su realización, entre el trabajo objetivado y el trabajo vivo, entre el valor y la actividad creadora de valor”.²¹²

As condições de possibilidade da forma social capitalista não foram produto do capitalismo mesmo, mas lhe antecedem. Para tanto, foram necessários pelo menos três fatos históricos: 1) a dissolução das formas de trabalhar e de produzir em que o trabalhador era proprietário dos meios de produção: a terra e os instrumentos de trabalho e, bem assim, aquelas nas quais a pessoa do trabalhador mantinha um vínculo pessoal com o processo de trabalho; 2) a instituição da liberdade jurídica de contratar associada à compulsão econômica para a venda da força de trabalho, por meio da dissolução da relação entre o homem e os meios de consumo para sua subsistência; 3) a acumulação

²¹² *Apud* DUSSEL, **La producción teórica de Marx**, p. 226.

de capital, por meio da usura, tributos, arrendamentos e comércio internacional, nas mãos de homens livres para investi-los na produção.²¹³ Um processo que, certamente, não foi linear, sem resistências e contramovimentos. E a história desses movimentos, marcada por mortes, tragédias, miséria, mas também por reorganização coletiva, construção de autoestima e conquistas históricas, expressou-se constantemente por meio da reivindicação do trabalho como necessidade. Um périplo já tratado em vasta literatura que aqui seria inviável resenhar.

Cabe agora destrinchar as relações entre trabalho e necessidades em categorias mais abstratas e específicas, que informarão os diversos aspectos do direito ao trabalho. Os discípulos de György Lukács, integrantes da chamada Escola de Budapest, deram especial atenção à relação dialética entre trabalho e necessidades, como destaca Herrera Flores, citando Agnes Heller:

el trabajo no aparece solo como actividad, sino, asimismo, como necesidad humana general. “el trabajo pertenece a nuestro ser específico; sin trabajar no podemos en modo alguno desarrollar nuestra personalidad [...] la satisfacción de la necesidad del trabajo es un placer, el placer de hacer algo coronado por el éxito. Y el reconocimiento del éxito y precisamente ese placer se pervierte en las necesidades alienadas del tener y del tener-más-cada-vez.” El trabajo aparece como una necesidad y a la vez está influido por la naturaleza de las necesidades que pretende satisfacer.²¹⁴

Neste texto, aparecem diversas relações entre trabalho e necessidades, que poderiam ser classificadas e aclaradas, para os efeitos desta

²¹³ Ibidem, p. 240-246. GRIMALDI, **El trabajo**, p. 190-191.

²¹⁴ HERRERA FLORES. **Los derechos humanos desde la escuela de Budapest**, p. 61-62.

investigação e com certa liberdade em relação aos autores citados, tomando em conta, ainda, os estudos anteriores, da seguinte forma: **a)** o trabalho é, ele mesmo uma necessidade: o humano não se realiza sem trabalhar, no sentido de fazer atuar, sempre de modo intersubjetivo, sua atividade humana específica, de transformar o mundo humanizando a natureza e a si mesmo, inclusive aos integrantes de uma comunidade²¹⁵; o trabalho é parte absolutamente essencial do conteúdo da autonomia; portanto, essa forma de ver o trabalho também significa valorá-lo como uma capacidade humana sem a qual não é possível uma vida digna;²¹⁶ **b)** o trabalho, sempre entendido como processo coletivo e inserido na divisão social do trabalho, também produz objetos que satisfazem necessidades dos sujeitos viventes ou servem como instrumentos de trabalho; bens materiais ou imateriais, ou seja, valores de uso²¹⁷, os quais são hierarquizados entre si em sistemas de valores e ainda podem ser avaliados segundo sua utilidade abstrata e escalas de preferências; as possibilidades desiguais e hierarquizadas de acesso a esses objetos satisfatores e de sua transformação em satisfatores concretos condicionam a perspectiva de implementar algum projeto de vida; cabe, ademais, acrescentar que o trabalho também degrada potencialmente os recursos naturais, afetando negativamente a satisfação de necessidades; **c)** a inafastável atividade

²¹⁵ “La historia es el proceso de creación y continuada formación del hombre por su *propia* actividad, por su propio trabajo, en el sentido de una universalidad y una libertad crecientes, y la característica primordial del hombre es precisamente esa *autocreación que forma su propio sujeto*.” MARKUS, György. **Marxismo y “antropología”**. Barcelona, Grijalbo, 1974, p. 54.

²¹⁶ “El valor de esa capacidad para la vida digna es lo que convierte en un derecho la posibilidad de ejercerla y en un deber político poner las condiciones para que cualquier ciudadano pueda ejercerla. El lenguaje de los derechos, para tener sentido, exige el de las *valoraciones* y las *capacidades*, concretamente la valoración de ciertas capacidades como posibilidad irrenunciable en una sociedad justa” CORTINA, Adela e CONILL, Jesus. Cambio en los valores del trabajo. In **Sistema: Revista de Ciências Sociais**, n. 168-169 (2002), p. 4. Veja-se nota supra, sobre a relação entre necessidades e capacidades.

²¹⁷ É claro que, além de satisfatores, o trabalho também produz bens de capital e bens de luxo e outros que não integram sistemas satisfatores, como armamentos, conforme ressaltam DOYAL e GOUGH, **Teoria de las necesidades humanas**, p. 288.

do trabalho no ser social determina o caráter histórico das necessidades;²¹⁸ mediante o trabalho, no âmbito da divisão social do trabalho, os seres humanos atualizam e criam novas necessidades, que se adicionam ou se chocam com as existentes, exigindo novas valorações, novas relações de preferências dentro de um determinado sistema de necessidades, ou mesmo a alteração global desse sistema de necessidades;²¹⁹ **d)** por fim, se trabalhar é uma necessidade (a), ao mesmo tempo o trabalho, ele próprio, é um bem, um valor de uso, como diretamente satisfator de necessidades de desenvolvimento da corporalidade, o que implica em que tenha condições de duração, intensidade, segurança acidentária e sanitária e, especialmente, de conteúdo concreto capaz de favorecer a autonomia do trabalhador, pela possibilidade de participação no controle do conteúdo dos processos de trabalho e de estimular a sua autoestima, pelo reconhecimento do trabalho realizado.²²⁰

É claro que estes momentos não são estanques ou se justapõem, mas se interpenetram dialeticamente na dinâmica do ser social. Tal separação analítica, contudo, tem por finalidade evidenciar os diversos momentos do

²¹⁸ MÁRKUS, ob. cit., p. 16.

²¹⁹ Nas palavras de Henri Lefebvre: “O trabalho é produtor de objetos e de instrumentos de trabalho. Mas ele também é produtor de novas necessidades; necessidades na produção e necessidades da produção. As necessidades novas em quantidade e em qualidade reagem sobre aqueles que lhes deram origem. Assim, pouco a pouco, a necessidade atinge as formas mais altas e mais profundas, mais sutis e mais perigosas.” *Apud* FRAGA, ob. cit., p. 181.

²²⁰ “El trabajo no especializado, excesivamente repetitivo y de mecánico automatismo, casi por definición no puede estimular las facultades de la persona trabajadora ni proporcionarle una sensación de autoestima positiva. El amplio resumen efectuado por Warr de los resultados de algunas investigaciones demuestra que las posibilidades de control del trabajo que uno realiza, de utilización en el mismo de las aptitudes propias y de variación de tareas afectan, tanto en conjunto como por separado, al bienestar del trabajador. En particular, la privación de control del contenido del trabajo que se realiza da lugar a depresión, ansiedad y falta de autoestima. Las exigencias del trabajo, cuando son excesivas o, por el contrario, demasiado escasas, pueden también minar el bienestar”. DOYAL e GOUGH, ob. cit., p. 253. Trabalho e reconhecimento estão indissolivelmente ligados, tanto no plano mais geral da sociedade, quanto no plano localizado da empresa, como se abordará no capítulo seguinte.

processo e o prejuízo que cada um deles projeta para a participação social ativa e crítica. A redução do trabalho ao aspecto **a**, apagando os demais aspectos, leva ao elogio idealista ao trabalho. A redução do trabalho ao aspecto **b**, leva ao produtivismo. A redução ao aspecto **c**, leva ao relativismo. A redução ao aspecto **d**, leva a um hedonismo do trabalho desconectado da realidade da divisão social do trabalho como sistema produtivo. Já a **negação** desse mesmo aspecto **d** leva às noções do trabalho como pena ou como mero instrumento de subsistência; vê-se o trabalho apenas como uma obrigação da qual tem o trabalhador que se desincumbir e esquece-se que este tem também um direito ao conteúdo do próprio trabalho. A negação do aspecto **c**, mantidos os demais, leva à desistoricização das necessidades e da corporalidade humana. A negação do aspecto **b** leva ao esvaziamento do âmbito reprodutivo da vida humana. A negação do aspecto **a** é a sùmula da redução moderna do trabalho e seu desgarramento do âmbito das necessidades.

Essas quatro diferentes relações entre trabalho e necessidades devem comparecer na noção de direito ao trabalho. Nenhuma delas esgota, por si, o âmbito dessa categoria jurídica central. Uma vez que se concebe o direito como mediação para a vida, ou seja, que as instituições somente se justificam enquanto se subordinam aos seres humanos, não os seres humanos às instituições²²¹, um sistema jurídico somente tem sentido enquanto efetivamente realiza esse fim e se contradiz sempre que não o faz. Nos termos da Filosofia da Libertação, trata-se de articular direitos humanos e fundamentais desde um princípio de produção,

²²¹ SÁNCHEZ RUBIO, *Filosofia, derecho y liberación en América Latina*, p. 201.

reprodução e desenvolvimento da vida humana, necessário, mas não suficiente.²²²

Pode-se afirmar que este princípio está implícito em todo ordenamento jurídico e já explícito naqueles em que se consagra a dignidade da pessoa como fundamento e ponto de inflexão do ordenamento jurídico.

Repete-se que os direitos não satisfazem diretamente necessidades, senão secundariamente, mas são mediações necessárias e insuficientes para propiciarem-se bens satisfatores. Reconectar o direito às necessidades qualitativas e funcionalizá-lo à dignidade humana, implica delimitar o marco de variabilidade dos sistemas de valoração que se institucionalizam no sistema jurídico. O direito ao trabalho, a partir dessa concepção, apresenta-se como o direito mais proximamente vinculado à produção, reprodução e desenvolvimento da vida digna dos sujeitos em comunidade, nas diversas formas em que se relaciona com as necessidades. Uma sociedade que não assegura em alto grau hierárquico o direito ao trabalho e não desenvolve instrumentos para sua efetividade é uma sociedade que denega qualquer pretensão de busca de uma vida digna.

Considerando-se o específico sistema jurídico brasileiro, de acordo com a hierarquia que lhe é atribuída pela Constituição, trata-se de dar cobro ao caráter fundamental desse direito, o que implica desenvolver plenamente as suas potencialidades eficaciais, a sua força normativa. Entre outros aspectos – culturais, institucionais, políticos –, impõe-se, além de explorar sua aplicabilidade direta, reconfigurar o sistema conceitual e os comandos da legislação infraconstitucional, assim como os posicionamentos jurisprudenciais e o aparato

²²² Idem, *ibidem*, p. 158.

do direito do trabalho que não estejam em consonância com essa fundamentalidade unificadora de todo o sistema normativo do trabalho em sua integralidade de sentido.

Contudo, sob o esvaziamento que sofreu na modernidade capitalista – o que foi acentuado em determinadas concepções de bem estar social e levado ao extremo na experiência socialista soviética – o trabalho, a princípio, é visto apenas na forma descrita acima no item “b”, como meio para a produção de objetos satisfatores de necessidades. É o que se pode chamar de reducionismo produtivista. A produção fabril faz com que esse tipo de trabalho se torne cada vez mais desrealizador e a relação entre trabalho e necessidade passa a ser uma relação negativa: se expressa em termos de necessidade de aumento de tempo livre desse trabalho. O trabalho não é mais um satisfator direto de necessidades da corporalidade, não tem mais valor de uso por si. É esse o enfrentamento analisado por Marx no primeiro volume de “O Capital”, na luta pela redução da jornada de trabalho. Certamente quando, ante o trabalho vivo, o trabalho objetivado se comporta como um ente alheio, qualquer pessoa “si el capital quisiera pagarle ‘sin’ hacerla trabajar, aceptaría de buena gana tal negocio”.²²³

Mas a redução de sentido mais importante – pois o princípio da sociedade capitalista não é o produtivismo e sim a valorização do valor – está em que as necessidades, por sua vez, foram reduzidas a meras utilidades ou preferências, ou seja, sem referência à corporalidade do sujeito e às condições de factibilidade de projetos e formas de vida, deixando assim de servir de fundamento

²²³ Marx, Grundrisse, apud HELLER, **Teoría de las necesidades en Marx**, p. 111.

às relações sociais, um aspecto acentuado sob a hegemonia neoliberal. Assim, tendo sido reduzido a instrumento de produção de bens materiais, o trabalho sofre uma segunda redução, que o desconecta da racionalidade reprodutiva dos sujeitos, invertendo a relação entre dignidade e mediação pelas instituições.

É preciso, pois, resgatar esses dois passos da redução moderna do trabalho. Não basta procurar recuperar apenas uma dimensão da ação desarticulada com a racionalidade reprodutiva, preservando a mais brutal das operações que foi a eliminação da relação do trabalho com os valores de uso e, portanto, com a reprodução e desenvolvimento da vida.²²⁴

O que fez a modernidade capitalista, inclusive por meio do desenvolvimento tecnológico, foi, antes de tudo, desativar os dispositivos normativos da racionalidade reprodutiva da vida humana. A humanidade foi, pela primeira vez, colocada diante da decisão de seu próprio destino: há capacidade técnica tanto para sustentar com bens essenciais toda a humanidade e o equilíbrio planetário necessário à vida, quanto para ultimar o processo de destruição de ambos. Trata-se de tomar posição por um ou outro caminho. Mas a maquinaria social que produziu esse desenvolvimento – leia-se: mercado, direito, instituições políticas, sociais, culturais – e à qual cumpriria desativar os efeitos deletérios dessas “leis compulsivas” destrutivas, é uma maquinaria que caminha sem freios para um suicídio cada vez mais eficiente: a progressiva desqualificação ética,

²²⁴ Essa é a tendência que se identifica em ARENDT, Hannah. **A condição humana**, que, embora situe corretamente o “fracasso do homo faber”, como sujeito produtor de valores de uso, vê aí uma deplorável ascensão do labor como atividade reprodutiva da vida. Tal visão decorre da separação um tanto maniqueísta que faz a autora entre vida física, biológica, e vida política e entre ação, trabalho e labor. Onde a modernidade capitalista nos levou não foi a uma absolutização do âmbito de reprodução da vida, mas ao seu total abandono. Uma capacidade de destruir-se, com uma aparente incapacidade para não fazê-lo, que nenhum outro animal jamais desenvolveu.

cultural e econômica das condições de vida, exclusão (subintegração) de grandes contingentes populacionais e esgotamento dos recursos naturais.

O trabalho, enquanto produtor de riqueza material, deve ser reconectado ao trabalho como produtor do humano e à sustentabilidade da vida em sua amplitude de sentido. Cuida-se de resgatar o trabalho como necessidade de autoprodução, de autorrealização material, afetiva, do humano como sujeito sempre constituído desde as relações comunitárias e sociais. Como tal, é a mediação necessária para os demais direitos fundamentais – como direitos a bens fundamentais – e, ele próprio, um satisfator imediato da necessidade humana de desenvolvimento da corporalidade, que engendrará e atualizará novas necessidades. Neste último sentido, pode-se afirmar que há um valor de uso do trabalho para o sujeito, que situa um direito ao conteúdo do próprio trabalho e que se encontra obscurecido sob a forma do assalariamento. É esse obscurecimento que induz ao reducionismo de ver no valor de troca do salário o único objetivo do trabalhador²²⁵, mas não é eliminado como realidade.

A satisfação do direito ao trabalho, assim, apresenta-se como uma “necessidade radical”, cuja satisfação projeta a transformação integral dos marcos de dominação da sociedade capitalista.²²⁶ Limitar-nos, porém, a este ponto de

²²⁵ “Os assalariados, como no seu caso o objetivo único do trabalho é o salário, o dinheiro, um quantum determinado do valor de troca no qual se desvaneceu toda e qualquer particularidade do valor de uso, são totalmente indiferentes em relação ao conteúdo do seu trabalho e, portanto, ao tipo particular de sua atividade”. MARX, **Capítulo VI inédito de O Capital**, p. 103.

²²⁶ Essa é a opinião de COMPARATO, **A afirmação histórica dos direitos humanos**, p. 345-346, que afirma, com razão, que a implementação do direito ao trabalho não depende apenas das políticas públicas mencionadas no art. 6º do PIDESC, mas pressupõe “a instauração de uma nova ordem econômica, em que o trabalho não esteja sujeito à dominação dos proprietários ou capitalistas”. Contudo, entende-se que há aí um entendimento limitado do papel do direito, haja vista que conduz à inércia dos juristas no esforço de concretização do sentido do direito ao trabalho nos termos do sistema jurídico vigente, relegando tudo para o dia em que instaurada a “nova ordem econômica”.

reconhecer o trabalho como necessidade radical ineliminável pelo capitalismo mas imprescindível para sua existência, acaba fazendo recair em mera legitimação dessa forma social.²²⁷ É preciso apontar vias de institucionalização para sua satisfação. Certamente, trata-se de uma pretensão irrealizável de imediato, mas cujo reclamo, nos níveis mais elementares de sua satisfação, pode e deve ser articulada à realidade das relações de trabalho presentes e reconduzida pelo nível institucionalizado do discurso jurídico vigente, deslocando e transformando o sentido atual das categorias do direito do trabalho.²²⁸

Neste ponto, um último esclarecimento – *last but not least* – sobre a criação de necessidades e as possibilidades do direito ao trabalho deve ser feito. Foi dito acima que o processo de divisão social do trabalho não só cria necessidades e satisfatores, mas também reprime necessidades e posterga a produção de bens que as satisfaçam. Isso pode ser esclarecido utilizando duas categorias que Heller obtém de Jean-Paul Sartre.²²⁹ Segundo o filósofo francês, existem necessidades enquanto *manque* (deficiências) e necessidades enquanto *projet* (projetos). A primeira se refere à consciência da existência de uma necessidade e a segunda é a consciência das formas de satisfação das necessidades e uma atividade consciente para esse fim. Quando os bens e

²²⁷ HERRERA FLORES, **Los derechos humanos desde la escuela de Budapest**, p. 89.

²²⁸ Agnes Heller ressaltava que as necessidades se desenvolvem histórica e culturalmente e não só economicamente, desdobrando-se em novas necessidades. Destaca, aí, as necessidades radicais, como exigências que demandam a construção de uma nova sociedade que “son todos aquellas que nacen en la sociedad capitalista como consecuencia del desarrollo de la sociedad civil, pero que no pueden ser satisfechas dentro de los límites de la misma. Por lo tanto las necesidades radicales son factores de superación de la sociedad capitalista.” Apud DUSSEL, **Hacia una economía política crítica**, p. 252-253. Assim, nessa sociedade, o direito ao trabalho, em sua integralidade, mais que a luta por “tempo livre”, expressa uma necessidade radical de transformação, como horizonte utópico inspirador e regulativo, ainda que se possa pensar em desenvolvê-lo a partir dos marcos desse mesmo sistema, tal qual ocorreu com a liberdade, que foi uma necessidade radical diante dos socialismos reais.

²²⁹ HELLER, **Una revisión de la teoría de las necesidades**, p. 71-74.

instituições sociais que podem satisfazer uma necessidade real, enquanto *manque*, são sistematicamente impedidos ou ideologicamente inviabilizados, inclusive pela afirmação de que são impossíveis²³⁰, impede-se que ela passe de deficiência (*manque*) a um projeto de vida concreto (*projet*).

A redução do sentido do trabalho produzido pela modernidade, como único sentido possível, já há tempos vem associada à afirmação dogmática e propagandeada da inevitabilidade de altos níveis de desemprego e da impossibilidade de quaisquer políticas interventivas. O direito ao trabalho, nessa visão, seria apenas o efeito da total precarização das condições de trabalho, sem o que a mitológica mão invisível ou a “astúcia da razão” ficariam impedidas de promover o maior nível de emprego possível. Esse discurso ideológico cumpre a específica função de impedir que o trabalho passe de *manque* a *projet*, pela invisibilização das possibilidades de propiciar-se o acesso ao bem trabalho. Com isso, faz com que da ausência de uma proposta acabada se infira a inviabilidade de se gestarem alternativas.

Reintroduzir o direito ao trabalho como categoria jurídica central do direito constitucional e do direito do trabalho já a partir das relações de trabalho atualmente existentes, inclusive as assalariadas, oferece, pois, essa perspectiva diminuta mas real de contribuir para uma revalorização do trabalho em suas múltiplas relações com as necessidades, impulsionando a luta por reconhecimento. Trata-se de criar um espaço jurídico-institucional de reconquista das relações dos sujeitos com o próprio trabalho no interior das relações de trabalho atualmente existentes, sem perder de vista a necessidade de

²³⁰ There Is No Alternative (TINA)!, é o bordão que tudo legitima.

transformação dessas relações, constituídas pelo “mau reconhecimento” dos trabalhadores. A partir do resgate das múltiplas dimensões do trabalho, afirma-se, com Sánchez Rubio, a premência de “uma nova cultura do trabalho que considere e valorize uma noção integral dele, não só redutível a sua clássica expressão salarial, como também que incorpore as mais diversas atividades realizadas pelo ser humano.”²³¹

Essa afirmação enseja deslocar o nosso estudo para a relação entre trabalho, lei e reconhecimento, objeto do capítulo 3.

²³¹ SÁNCHEZ RUBIO, Direitos humanos, ética da vida humana e trabalho vivo, In WOLKMER, Antonio Carlos (org). **Direitos humanos e filosofia jurídica na América Latina**. Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2004, p. 163.

CAPÍTULO 3. DIREITO AO TRABALHO E LUTA POR RECONHECIMENTO: AONDE IR APÓS O FIM DA “ERA DOS FINS” ?

“A senhora sabe que eu nem sei? A gente trabalha com honestidade, pensando, fazendo tudo para ter aquele direito e quando é no fim da história num tem. Então, a gente perde, fica sem o direito... Então, a gente num sabe como adquirir esse direito. A gente pensa de um jeito, num sai, sai de outro.”

Antonio, 42 anos, poceiro em empresa da construção civil.¹

Tomando-se a amplitude do conceito de necessidades sustentado no capítulo anterior, deve-se agora ter em mira que a mediação de sua satisfação no âmbito de um sistema de coordenação da divisão social do trabalho não pode ser medida apenas por critérios de eficiência econômica em termos de produção, distribuição e transformação pessoal de bens materiais. A racionalidade reprodutiva dos sujeitos (Hinkelammert), se implica as condições de sua reprodução como sujeitos viventes, inscritos no circuito natural da vida humana, implica também que estes sejam mutuamente reconhecidos em sua individualidade e particularidade cultural, corporal, bem como em sua condição de membros de igual valor integrantes de uma comunidade.²

¹ Entrevista, in BICALHO DE SOUZA, Nair Heloísa. **Direito, lei e justiça: a construção da cidadania dos trabalhadores**, Revista Sociedade e Estado, Rio de Janeiro, Relume-Dumará, vol XI, n. 2, (jul-dez 1996), p. 381.

² Cf. capítulo anterior. Ainda, DUSSEL, **Ética da Libertação**, p. 137-138 e *passim*, que denomina essa de racionalidade prático-material ou racionalidade ético-originária. A ela, Dussel acrescenta o que denomina, a partir de Lévinas, de racionalidade ético pré-originária, ou seja, o reconhecimento como responsabilidade pelo outro enquanto vítima invisível, não intencional, da pretensão de bondade do sistema de direitos vigente, o

As questões articuladas em torno da teoria das necessidades e da teoria do reconhecimento são complementares. De um lado, a teoria do reconhecimento põe em relevo a autoconstituição intersubjetiva dos sujeitos e os processos de luta pela realização das particulares necessidades, pelo reconhecimento de direitos e de reação frente ao desrespeito. Os sujeitos necessitados deixam, aí, de ser apenas destinatários de políticas distributivas, para assumirem a condição de sujeitos ativos que reivindicam sua particularidade frente a essas políticas. O conceito de **transformação**, haurido de Amartya Sen e incorporado à teoria das necessidades, como se viu acima, evidencia o quanto necessidades e reconhecimento estão imbrincados: a particular condição psicofísica e cultural de cada pessoa ou grupo afeta significativamente a sua capacidade em transformar bens satisfatores de necessidades em incremento de sua autonomia. O adequado acesso aos objetos satisfatores de necessidades pressupõe, assim, além da igualdade em direitos, o reconhecimento das particularidades.

Por outro lado, a teoria das necessidades oferece parâmetros normativos sem os quais a teoria do reconhecimento se expõe ao relativismo culturalista. Há também condições de miséria e negação do acesso a bens, estruturadas no âmbito das instituições sócio-políticas de divisão social do trabalho, sem cuja superação se torna pelo menos muito difícil ultrapassar o umbral da negação de autonomia para colocar em movimento a luta pelo reconhecimento frente à marginalização. Para além disso, a teoria das

que abre, para Dussel, o campo da crítica ao sistema, pois não basta reproduzir, mas é preciso desenvolver a vida. Trata-se de uma forma de reconhecimento que é anterior ao reconhecimento entre sujeitos morais; um reconhecimento que se dá já na esfera da sensibilidade. Este aspecto é, por ora, deixado de lado.

necessidades demonstra como, não só o reconhecimento das particularidades é um pressuposto da realização das necessidades, como também a realização ótima das necessidades é um pressuposto da reciprocidade moral inerente à teoria do reconhecimento.

Cabe, pois, aprofundar agora a temática do reconhecimento, observando-se em especial como a relação entre trabalho e reconhecimento constitui um aspecto central dessa articulação.

3.1. Trabalho e reconhecimento

Uma das principais características do trabalho, ao longo da história, foi o seu papel de mediador da construção do reconhecimento recíproco de identidades e de vínculos de pertencimento comunitário. A par disso, o tema da construção e reivindicação das identidades e reconhecimento das diferenças tem se tornado um dos aspectos mais centrais não só dos direitos humanos, mas da reflexão filosófica, social e política contemporâneas.³ Sintomaticamente, porém, o trabalho vem ao mesmo tempo sendo preterido no conjunto da reflexão teórica sociológica. Em grande medida, observa-se, desde meados dos anos 80, um deslocamento do foco da reflexão da teoria sociológica, daquele que fora o seu

³ Ver, por exemplo, GUTMANN, A. (ed.). **Multiculturalism : Examining the Politics of Recognition**. Princeton, Princeton University, 1994. La identidad en un mundo globalizador, in BAUMAN, Zygmunt. **La sociedad individualizada**, p. 161-175. HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo, Editora 34, 2003. FRASER, Nancy e HONNETH, Axel. **Redistribution or Recognition : a Political-Philosophical Exchange**. London, Verso, 2003. DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo, Unisinos, 2009, p. 269 e ss.

objeto por excelência, em prol de outras temáticas como a participação política e a diversidade e transformações culturais.⁴

Esse deslocamento carrega consigo, ou pelo menos corrobora, a afirmação de que a emancipação social pode se dar à revelia e mesmo a despeito daquilo que ocorre na vida das pessoas em relação ao trabalho. Por detrás dessa ideia está a suposição de que o trabalho é apenas um meio de obtenção de bens materiais, um ônus com relevância meramente instrumental, sendo portanto substituível por condições materiais de subsistência. No fundo, a antiga ideia do trabalho como um mal a ser, o quanto possível, eliminado, deixando lugar para atividades humanas menos penosas e mais elevadas. Como se viu, este é um dos aspectos da dupla redução moderna do trabalho.

A abordagem a seguir, com vistas a ressaltar a importância do direito ao trabalho para o reconhecimento na sociedade contemporânea e suas condições de possibilidade, procura não isolar, de um lado, uma visão reduzida de reconhecimento em termos culturais e, de outro, a distribuição igualitária de bens materiais no âmbito da divisão social do trabalho.⁵ Trabalho e reconhecimento são tratados, aqui, como temas entrelaçados.

Uma primeira opção metodológica há de se tomar: considera-se teoricamente mais profícuo enveredar por uma perspectiva não exclusivamente instrumentalista das relações econômicas, de modo a que, a par das considerações de ordem material e de maximização do autointeresse, são

⁴ HONNETH, Axel. **Trabalho e reconhecimento: tentativa de uma redefinição.** In Civitas: Revista de Ciências Sociais, v. 8, n. 1, jan-abr. 2008, p. 46-47.

⁵ Essa questão toca o debate mantido entre Nancy Fraser e Axel Honneth, entre as noções de reconhecimento e redistribuição, mas que, aqui não se poderá recuperar. Ver FRASER e HONNETH, ob. cit. MENDONÇA, Ricardo Fabrino. **Reconhecimento em debate: os modelos de Honneth e Fraser em sua relação com o legado habermasiano.** In *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, UFPR, nov. 2007, p. 169-185.

essenciais às relações de trabalho outras dimensões, morais, simbólicas, comunicacionais e normativas, que interferem nas condutas sociais, as quais se revelam, muitas vezes, em desacordo com a rigidez de um determinismo puramente “econômico”.⁶ Dentre estas dimensões, dar-se-á especial relevo, agora, aos aspectos normativos presentes nas relações de reconhecimento por meio de um trabalho legalmente protegido.

A divisão social do trabalho, como defende Axel Honneth, sustenta-se também na perspectiva de cada sujeito que espera, ao contribuir com o trabalho social, tanto ser mantido como sujeito vivente, quanto ser reconhecido como um membro igual da comunidade.⁷ Sem o apoio em pretensões normativas como tais, sequer o mercado capitalista, com toda sua força funcionalizante e seu enorme, mas desigualitário, poder de produção e distribuição, é capaz de reproduzir-se atendendo à crescente demanda por rentabilidade.⁸

Mesmo a violenta separação dos trabalhadores de seus meios de vida, descrita por Marx, embora tenha possibilitado a dissolução de outros modos de produzir e a compulsão para a venda da força de trabalho, não assegura, por

⁶ DEJOURS, Christophe. **Inteligência operária e organização do trabalho**. In HIRATA, Helena (org.) Sobre o modelo japonês: automatização, novas formas de organização e de relações de trabalho. São Paulo, Edusp, 1993, p. 281-309.

⁷ HONNETH, **Trabalho e reconhecimento**. Reconhecer essa dimensão normativa não significa negar os aspectos fortemente heterônomos que o sistema de mercado impõe ao trabalho. Nem afirmar que uma perspectiva que somente considere tais pretensões normativas, ocultando os aspectos estratégicos dos conflitos em termos de relações de poder, possa propiciar uma compreensão adequada das relações de trabalho no mundo contemporâneo. Contudo, tampouco tais aspectos normativos parecem negligenciáveis para uma compreenderem-se tais relações. Ademais, isso não implica compartilhar da crítica de Honneth e de Habermas a Marx, em sua obra madura, que teria, segundo os autores frankfurtianos, reduzido o conflito social à luta instrumental pelo autointeresse, desprovida de aspectos normativos, fechando a porta para sua interpretação em termos de luta por reconhecimento. HONNETH, **Luta por reconhecimento**, p. 235-237. Exemplo de uma apropriação da obra marxiana desde uma perspectiva normativa está em Dussel, obras já referidas.

⁸ Segundo HONNETH, ob. cit., p. 55, “Hegel tenta mostrar que todo o sistema de troca do trabalho próprio pelos meios para a satisfação das necessidades mediado pelo mercado só poderia contar com o consentimento se satisfizer determinadas condições normativas”.

si, a continuidade da reprodução do capital em termos de produtividade e rentabilidade crescentes. Nenhuma coação possibilita tais padrões de eficiência sem a mobilização da subjetividade dos trabalhadores.⁹ Também a construção paulatina de uma ideologia do trabalho – a docilização dos corpos para o trabalho assalariado¹⁰ –, em reforço à força heterônoma da miséria e da vulnerabilidade, por mais que contribua para incutir uma predisposição para o acatamento das demandas da produção, acaba realimentando a expectativa de contrapartidas de reconhecimento e respeito por aqueles que “fazem a sua parte” e “cumprem o seu dever”, pois a internalização do dever pelo sujeito só ocorre mediante a assunção de uma perspectiva de reciprocidade.¹¹ Como esperar que aquele a quem não se assegura a realização ótima das necessidades dê o “melhor de si” para a produção ?

⁹ Um forte argumento em favor dessa ideia se encontra nos conceitos de “inteligência ardilosa” e de “zelo no trabalho”, como desenvolvidos por Christophe Dejours, ou seja, a concorrência, pelo trabalhador, com sua subjetividade, criatividade e habilidades comunicativas para que a produção atinja seus fins, a despeito e mesmo contrariando as prescrições gerenciais do trabalho. A viabilidade da produção depende desse investimento subjetivo dos trabalhadores. Quando há greve de zelo, cumprindo-se só e todas as determinações expressas, a produção é paralisada. DEJOURS, Christophe. **A banalização da injustiça social**. São Paulo, FGV, 3ª ed., 2000. Dejours evidencia ainda que, mesmo ao nível dos processos concretos de trabalho, o reconhecimento tem papel essencial: “O reconhecimento do trabalho, ou mesmo da obra, pode depois ser reconduzido pelo sujeito ao plano da construção de sua identidade. (...) Não há crise psicopatológica que não esteja centrada numa crise de identidade. (...) Não podendo gozar os benefícios do reconhecimento de seu trabalho nem alcançar assim o sentido de sua relação para com o trabalho, o sujeito se vê reconduzido ao seu sofrimento e somente a ele.” Idem, ibidem, p. 34-35. Idem, **Inteligência operária e organização do trabalho**, cit.

¹⁰ Como bem observa Bauman, a cruzada moral moderna para a construção de uma ética do trabalho entre os assalariados procurou ressuscitar atitudes de dedicação e pleno compromisso com o trabalho, que eram próprias do trabalho artesanal, justamente aquele que foi destruído pelo regime de trabalho fabril ao impor a disciplina da fábrica e a perda de controle do artesão sobre o seu próprio trabalho. Após interromper, dessa forma, o romance entre artesão e seu próprio trabalho, a moderna ética do trabalho pretendeu incutir valores que, sob o regime de trabalho alienado já não faziam sentido. BAUMAN, Zygmunt. **Trabajo, consumismo y nuevos pobres** (trad. Victoria Boschioli). Barcelona, Gedisa, 2000, p. 19.

¹¹ “Com a adoção das normas sociais que regulam as relações de cooperação da coletividade, o indivíduo em crescimento não aprende só quais obrigações ele tem de cumprir em relação aos membros da sociedade; ele adquire, além disso, um saber sobre os direitos que lhe pertencem, de modo que ele pode contar legitimamente com o respeito de algumas de suas exigências”. HONNETH, **Luta por reconhecimento**, ob. cit., p. 136-137.

As expectativas de reconhecimento não só viabilizam a produção. Também do ponto de vista dos trabalhadores, o reconhecimento expressa necessidades do sujeito para a constituição adequada de uma autorrelação consigo e com a comunidade. Resgatando a psicologia social de George H. Mead, Honneth sublinha que a percepção do reconhecimento da relevância da contribuição dada pelo sujeito com seu trabalho à comunidade, no âmbito da divisão funcional do trabalho, constitui elemento essencial para a dignidade e o autorrespeito:

um indivíduo só é capaz de respeitar-se a si mesmo de um modo integral quando, no quadro da distribuição objetivamente dada de funções, pode identificar a contribuição positiva que ele traz para a reprodução da coletividade.¹²

Partindo de um outro plexo teórico, as pesquisas da psicodinâmica do trabalho corroboram empiricamente aqueles supostos normativos.¹³ Os trabalhos de Christophe Dejours, apoiados em pesquisas empíricas realizadas na França, evidenciam que, sem o engajamento subjetivo dos trabalhadores que propicie a mobilização psíquica de sua inteligência criativa, os objetivos econômicos em termos de produtividade a tempo e modo adequados não se

¹² Idem, ibidem, p. 150.

¹³ A “Psicodinâmica do Trabalho” é um termo cunhado por Christophe Dejours, na França, em substituição à expressão “Psicopatologia do Trabalho”. Centrados nos processos intersubjetivos mobilizados pelas situações de trabalho, tais estudos dedicam-se a investigar como as organizações de trabalho são causa de sofrimento e como os sujeitos lidam com o sofrimento no trabalho e produzem estratégias individuais e coletivas de defesa frente a esse sofrimento, a fim de evitar a descompensação mental. Bem assim, trata-se também de investigar como o trabalho cumpre o indispensável papel positivo de mediador da subjetividade e de fonte de prazer. LANCMAN, Selma e SZNELWAR, Laerte Idal (Orgs.). **Christophe Dejours: da psicopatologia à psicodinâmica do trabalho**. Rio de Janeiro, FIOCRUZ/Paralelo 15, 2004.

sustentam. Contudo, apenas benefícios econômicos não são suficientes para explicar essa mobilização.¹⁴

O que mobiliza o sujeito em sua relação com a tarefa não é apenas a compulsividade, ou a força da pulsão, mas sim o propósito subjetivo fundamental de obter, em troca de seu envolvimento e de sua contribuição, um benefício em termos de sentido para si mesmo. Por trás da mobilização subjetiva, está a busca da identidade.¹⁵

Dejours evidencia como a mobilização subjetiva das habilidades, empenho e inteligência criativa pelos sujeitos nos processos concretos de trabalho é realizada tendo como meta alcançar o reconhecimento. As contradições entre o funcionamento psíquico do sujeito e as imposições da organização do trabalho são fonte de sofrimento. É o reconhecimento da conduta do trabalhador que media o seu sofrimento no trabalho. O reconhecimento faz com que o sofrimento adquira sentido, aliviando a angústia existencial, assim como propicia a transformação do sofrimento em prazer.¹⁶ O reconhecimento, diz Dejours, é “decisivo na dinâmica da mobilização subjetiva da inteligência e da personalidade no trabalho (o que é classicamente designado em Psicologia pela expressão ‘motivação no trabalho’)”.¹⁷ Quando a dinâmica do reconhecimento no trabalho é bloqueada, somente resta a alternativa a estratégias defensivas que neutralizam a percepção do sujeito quanto ao próprio sofrimento. Tais estratégias, que estão na base da banalização do mal nas organizações, não permitem a elaboração positiva do sofrimento pela subjetividade, o que só se viabiliza na dinâmica do

¹⁴ DEJOURS, **Inteligência operária e organização do trabalho**, ob. cit.

¹⁵ Idem, *ibidem*, p. 294.

¹⁶ Idem, *ibidem*, p. 300. Idem, **A banalização da injustiça social**, p. 34.

¹⁷ Idem, **A banalização da injustiça social**, p. 34.

reconhecimento. Quanto esse processo se mantém por muito tempo, o resultado é o adoecimento mental.

Assim, não só no espaço macro das relações político-sociais analisado por Mead e Honneth, mas igualmente no espaço dos processos concretos de trabalho, a luta por reconhecimento, seja material, seja também simbólico, pelo trabalhador, constitui um aspecto essencial da construção da identidade. A constituição da identidade é um processo contínuo que se sustenta a partir do “olhar do outro” nas relações cotidianas. Esse papel do “olhar do outro” no trabalho é desempenhado, segundo Dejours, precisamente pela dinâmica do reconhecimento.¹⁸

A primeira forma de reconhecimento simbólico no âmbito do trabalho se dá pelo julgamento sobre a utilidade social ou produtiva da conduta do trabalhador.

Reconhecimento da legitimidade da escolha, reconhecimento do mérito do sujeito e reconhecimento da qualidade final do trabalho. Não se trata aqui de um reconhecimento material ou de uma indenização em forma de prêmio, ainda que estes últimos possam vir a acentuar ou reforçar os primeiros. Esta busca pelo reconhecimento é fundamental. Sem ela, a sangria subjetiva é considerável no registro da busca da identidade.¹⁹

A segunda forma essencial é denominada por Dejours como “julgamento de beleza” ou “julgamento de estética” e diz respeito à avaliação feita pelos pares que apreciam enquanto iguais, o resultado do trabalho.

¹⁸ Idem, **Addendum**, in LANCMAN e SNELWAR, ob. Cit., p. 95.

¹⁹ Idem, **Inteligência operária e organização do trabalho**, p. 298.

O julgamento de beleza pode ser expresso tanto a propósito da qualidade de uma canalização quanto de um cimento armado, de uma pedra talhada, de uma demonstração de equação matemática... sobre a qual os parceiros dirão que é “elegante” ou “pesada”. (...) Tal julgamento tem um valor crucial, pois é por meio dele, e somente por meio dele, que o operador pode ser reconhecido como par. (...) Este reconhecimento é capital no registro da identidade do sujeito, na medida em que ele se situa num contexto social e coletivo: o da comunidade dos que pertencem a um grupo.²⁰

Embora os dois julgamentos de reconhecimento não recaiam sobre a pessoa do trabalhador, mas sobre o trabalho realizado, o reconhecimento “pode inscrever-se na esfera da personalidade, em termos de ganho no registro da identidade”.²¹ É ainda por meio do reconhecimento que se possibilitam ao trabalhador ganhos simbólicos de transformação do sofrimento no trabalho em prazer e de construção de sentido para o sujeito.²² Trata-se, portanto, de mediação essencial para a saúde psíquica do trabalhador ou, nos termos desenvolvidos no capítulo anterior, uma necessidade que vindica inafastável reconhecimento e efetivação pelo direito.

As conseqüências da consideração de tais necessidades dos trabalhadores, em termos de reconhecimento, para o conteúdo do direito ao trabalho, pois, são evidentes. Não só o conteúdo da atividade de trabalho deve propiciar essa constituição de uma vida “cheia de sentidos” no trabalho, como tal

²⁰ Idem, *ibidem*, p. 299.

²¹ Idem, **Addendum**, in LANCMAN e SNELWAR, *ob. Cit.*, p. 73.

²² As estratégias de degradação no ambiente de trabalho conhecidas por assédio moral têm, como elemento central, a negação do reconhecimento no trabalho. Nesse sentido, ver GUEDES, Márcia Novaes. **Terror psicológico no trabalho**. 3ª ed., São Paulo, LTr, 2008. GOSDAL, Thereza Cristina e SOBOLL, Lis Andréa Pereira (orgs.) **Assédio moral interpessoal e organizacional**. São Paulo, LTr, 2009. Para uma compreensão do assédio moral como violação do direito ao trabalho, GARCÍA HERRERA, Miguel Angel e MAESTRO BUELGA, Gonzalo. **Constitución y acoso moral**. Lan Harremanak, n. 7 (2002-II), p. 69-84.

processo constitutivo da identidade somente se realiza pelo “olhar do outro” que vem por meio do reconhecimento simbólico e material.²³ Reconhecimento e necessidades, então, novamente se tocam: embora fundamental, a dimensão simbólica do reconhecimento é insuficiente, devendo-se atentar par os limites normativos objetivos propiciados pela teoria das necessidades, que impõem o reconhecimento também em termos de igualdade de acesso a bens materiais.

É certo que a administração contemporânea vem cada vez mais aprimorando as estratégias de mobilização das subjetividades para aumento da produtividade. No entanto, essas estratégias encontram limite no vezo de não reconhecimento do local de trabalho como espaço de cidadania, nas pretensões de eficiência do trabalho que pressupõem a depuração do trabalho vivo como mero recurso produtivo desprovido das exigências das contingências pessoais e necessidades humanas, assim como no poder de descarregar sobre os trabalhadores – mediante despedimentos, arrochos ou deterioração das condições de trabalho – as vicissitudes e instabilidades inerentes à economia capitalista.

Daí que no capitalismo, tanto em termos de retribuição material quanto simbólica, seja no espaço macro das relações sociais, seja no espaço localizado da empresa, verifica-se uma contradição entre as suas condições de reprodução, que exigem esse apoio nas expectativas normativas dos sujeitos para a mobilização produtiva, e o desatendimento estrutural às demandas por reconhecimento e realização das necessidades da corporalidade. Uma impossibilidade que resulta do princípio concentrador de maximização contínua da

²³ Para a ampliação da noção de reconhecimento em termos simbólicos e materiais, de modo que, segundo HONNETH, deveria ser capaz de açambarcar as noções de reconhecimento e redistribuição, ver FRASER e HONNETH, ob. cit.

rentabilidade e da tendência à constituição de um mercado de trabalho autoregulado pelo sistema de preços.²⁴

O fato de encontrar-se, empiricamente, o descumprimento das expectativas de satisfação dessas demandas – a realidade de negação da vida experimentada no mundo do trabalho cotidiano –, não elimina, como repisa Honneth, a existência dessas motivações normativas. Por serem expectativas normativas relacionadas a comportamentos humanos e não a dados naturais, a possibilidade de decepção está contida no horizonte de quem assume tais expectativas. Basta que, no conjunto, estas formem “o marco interpretativo cultural e normativo ao qual a atividade mercantil está necessariamente vinculada”.²⁵ Ainda que seja para denunciar o seu descumprimento, é a essas normas morais que prevêem o reconhecimento do trabalho, por meio de uma retribuição adequada e de condições laborais que assegurem uma vida com sentido no trabalho, a que os atores se reportam, reafirmando-as normativamente. Assim, o funcionamento do mercado capitalista é dependente de condições normativas que ele não necessita poder cumprir.

²⁴ “O dinamismo produtivo do sistema do capital, quaisquer que sejam suas inumanidades, é notável em sua história de expansão nacional e global, a cujo impacto as formas anteriores de reprodução social são incapazes de resistir. Naturalmente, o crescimento antes inimaginável da riqueza que acompanha tal dinamismo – tanto quanto ele possa durar – constitui a legitimidade histórica deste sistema. Contudo, dadas as contradições inerentes ao sistema do capital, e a concomitante perdularidade do seu modo de operação, seu desenvolvimento produtivo não pode ser sustentado indefinidamente”. MÉSZÁROS, István. **Para além do capital**. São Paulo-Campinas, Boitempo/Unicamp, 2002, p. 612.

²⁵ HONNETH, Axel. **Trabalho e reconhecimento**, p. 58. Discorda-se, porém, de que essa tese seja diametralmente oposta àquela de Karl Polanyi, como pretende Honneth. O “moinho satânico” do mercado autorregulado é visto por Polanyi como uma aberração histórica que, em seus últimos termos é irrealizável, porque corrói justamente as bases de sociabilidade das quais ele depende para se reproduzir. Por isso, para Polanyi, os supostos do racionalismo econômico, de escassez e ação racional utilitária, são, na verdade, reducionismos falaciosos produzidos pela teoria econômica do século XIX, cuja realização prática completa “afortunadamente, não pôde alcançar”. POLANYI, **El sustento del hombre**, p. 85 e ss.

Mais que isso – acrescenta-se, agora, a Honneth –, o não cumprimento pleno dessas expectativas é o pressuposto básico do sistema. Segue uma relação não exaustiva das razões dessa impossibilidade: **a)** Somente pela apropriação da mais-valia produzida pelo trabalho o capital se reproduz. Portanto, a retribuição é sempre parcial. O reconhecimento, ao trabalhador, do direito ao produto íntegro de seu trabalho ou a uma equivalência integral é incompatível com a sociedade capitalista.²⁶ **b)** Bem assim, não há como assegurarem-se liberdade e autonomia a todos. Se alguns trabalhadores individualmente podem aderir ou não a um contrato de trabalho livremente, a classe trabalhadora como um todo não tem a liberdade de deixar de ser explorada.²⁷ **c)** Pesa, ainda, o fato de que na sociedade capitalista o lugar ocupado na divisão social do trabalho delimita a possibilidade de realização das necessidades,²⁸ de modo que igual reconhecimento somente pode ocorrer *inter pares*. Assim, o reconhecimento fica restrito às demandas já legitimadas no âmbito dessa mesma divisão social do trabalho. **d)** Acresça-se a isso a concentração dos meios de produção, que impede à maior parte dos sujeitos um controle autônomo sobre sua atividade: a alienação (estranhamento) do trabalho e a desrealização das necessidades que o trabalho sob o capitalismo engendra. **e)** A divisão social do trabalho capitalista pressupõe, para se manter, uma taxa variável, mas sempre presente de trabalhadores desempregados.²⁹ O reconhecimento pelo trabalho é a única alternativa para a grande maioria mas, mesmo assim, ele não é acessível a

²⁶ MENDER, Anton, ob. cit.

²⁷ DOUZINAS, ob. cit., p. 288-289.

²⁸ HELLER, **Teoría de las necesidades en Marx**, p. 23.

²⁹ Para uma análise das teorias sobre a taxa obrigatória de desemprego, ver AVELÃS NUNES, Antonio José. **O keynesianismo e a contra-revolução monetarista**. Coimbra, Coimbra Editora, 1991.

todos que o queiram. Não é uma sociedade onde caibam todos. Isso ficou claro na última crise de 2008 e os planos da salvação do capital financeiro, da ordem de trilhões de dólares. Ninguém ousaria propor semelhantes cifras para o resgate de imensas populações mantidas na miséria.³⁰ **f)** São os trabalhadores aqueles que pagam, na forma de instabilidade, descarte e vulnerabilidade, pelas oscilações e crises do regime de mercado. A atual proclamação das virtudes da “flexibilidade” é apenas uma forma ainda mais perversa de regulação, baseada na manipulação da vulnerabilidade e que ocupa o lugar deixado após a denúncia, pelo capital, do chamado “pacto keynesiano”.³¹ **g)** Evidentemente, a própria desigualdade é desigual: esses aspetos não são experimentados uniformemente em países centrais e em países periféricos, no Norte e no Sul. O colonialismo é um contexto indissociável do capitalismo e é uma das determinantes dessa incapacidade de reconhecimento.³² **h)** O drama diante do qual se coloca o capitalismo em nossos dias diante da – cada vez maior – dificuldade de responder à crise, aponta entre duas alternativas destrutivas: ou o aumento do desemprego estrutural, com todos os seus efeitos nefastos sobre o trabalho, ou a retomada do crescimento da produção de bens voltados ao consumo supérfluo, exaurindo destrutivamente os recursos naturais.³³ Como síntese, nas palavras de Marx, sob o capital a “*desvalorização* do mundo humano aumenta na razão direta do *aumento de valor* do mundo dos objetos. O trabalho não cria apenas objetos; ele

³⁰ COUTINHO, Aldacy Rachid. **Somos todos socialistas, agora: registros de um devaneio**. Inédito.

³¹ WANDELLI, **Flexibilização (mais, ainda?) legislação do trabalho e a inversão ideológica dos direitos humanos**, ob. cit.

³² SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo, Cortez, 2006, p. 27-41.

³³ MÉSZÁROS, **A crise estrutural do capital** (trad. Francisco Raul Cornejo). São Paulo, Boitempo, 2009.

também se produz a si mesmo e ao trabalhador como uma *mercadoria*”.³⁴ Quanto mais se valoriza a dinâmica do capital, mais se desvaloriza a realização das necessidades da corporalidade humana e mais precário é o reconhecimento de quem vive do trabalho.

Em conclusão, aplicando-se a linguagem do reconhecimento ao trabalho, a reprodução da sociedade capitalista se apoia na contrafática assunção de expectativas pelos trabalhadores, cujo atendimento pleno ou mesmo satisfatório é impossível. Tanto a manutenção das expectativas normativas quanto a sua necessária frustração são pressupostos contraditórios indispensáveis à reprodução do sistema. Na terminologia do reconhecimento, equivale dizer, com Costas Douzinas, que, ao menos nas relações de trabalho, o “mau reconhecimento é um pré-requisito para o sucesso da relação de troca. Se não estivesse ali, a economia capitalista não funcionaria.”³⁵ E não há “astúcia da razão” ou “mão invisível” capaz de conciliar essa contradição.

Colocada a questão em termos da linguagem das necessidades, o que se evidencia é a radicalidade do trabalho como necessidade frente ao capital, conforme analisado no capítulo anterior. A perspectiva de sua realização plena aponta, no horizonte de longo prazo, para a superação do capital enquanto sistema sociometabólico.³⁶

No horizonte mais próximo, intrassistêmico, a questão que se coloca, então, é: como se reproduzem, nessas condições, sustentavelmente, por assim dizer, tais expectativas normativas sistematicamente frustradas? Sugere-se

³⁴ MARX, *Manuscritos econômico-filosóficos*, p. 111.

³⁵ Idem, *ibidem*.

³⁶ MÉSZÁROS, *A crise estrutural do capital*, p. 76 e ss.

que nenhuma posição que, ao analisar as relações de trabalho, absolutize unilateralmente, seja o aspecto normativo da interação social, seja o aspecto estratégico-instrumental da reprodução sistêmica, pode responder satisfatoriamente à questão. Em vez de uma opção alternativa radical entre estes dois caminhos, como sugerido por Honneth³⁷, o desafio que se coloca é de como equacionar teoricamente estes dois aspectos sem subordinar um ao outro.

Uma possível resposta plausível está no caráter dual do discurso dos direitos. Esse caráter dual pode ser divisado a partir da resposta a uma outra pergunta: o direito ao trabalho, diante do “mau reconhecimento” cumpre apenas um papel funcional ao sistema, de manter a ilusão de reconhecimento que reproduz aquelas expectativas dos trabalhadores que os impulsionam a cooperar com a produção ou, a par disso, tem ele também algum potencial emancipatório?

Essa questão fundamental, que perpassa todas as controvérsias entre os autores críticos sobre se vale a pena insistir no direito ao trabalho³⁸, pode ser iluminada a partir da dinâmica entre reconhecimento e desrespeito.

O campo do reconhecimento não é constituído pelo consenso compartilhado e pela cooperação. Os vínculos morais que aí se estabelecem e se desenvolvem inscrevem-se no conflito. Na gramática do reconhecimento, luta por autoconservação e reciprocidade normativa se entrelaçam. É no conflito por reconhecimento que se desenvolvem as identidades e não na busca cooperativa de acordos.

³⁷ HONNETH, **Trabalho e reconhecimento**, ob. cit.

³⁸ A temática foi referida no Capítulo 1.

Uma distinção essencial, aí, precisa ser esclarecida. A luta por reconhecimento e a resistência e reação frente ao desrespeito são categorias distintas. Como contrapartida negativa do reconhecimento, o **desrespeito** consiste na lesão pela “qual as pessoas são feridas numa compreensão positiva de si mesmas, que elas adquiriram de maneira intersubjetiva”.³⁹ Desta forma, o desrespeito não é um reconhecimento ainda não alcançado, mas a negação daquilo que já se havia adquirido intersubjetivamente em termos de autoconfiança (esfera do amor), autorrespeito (esfera do direito) e autoestima (esfera da solidariedade).⁴⁰

A luta por reconhecimento é, antes de tudo, a luta pela incorporação, na coletividade, da legítima expectativa de receber um tratamento que permita aos sujeitos verem-se reconhecidos como membros de igual valor da comunidade. Em especial, o reconhecimento jurídico, que permite perceber-se como participante da ordem institucional em pé de igualdade com os demais e a solidariedade, que permite experimentar o interesse afetivo pela particularidade concreta dos sujeitos no interior dessa ordem, em suas específicas capacidades e propriedades, são aqueles que viabilizam o acesso à dizibilidade pública da injustiça concretamente experimentada como sujeito humano que só se realiza enquanto participante de uma comunidade. Sem o reconhecimento, a vítima permanece invisível e o desrespeito não pode ser vivenciado como uma experiência mobilizadora.

³⁹ HONNET, **Luta por reconhecimento**, ob. cit., p. 213.

⁴⁰ Idem, *ibidem*, p. 211.

Partindo da dinâmica da luta por reconhecimento pode-se chegar a duas categorias de vitimização, materialmente implicadas, cuja distinção é útil para se compreender o papel do reconhecimento de direitos: as **vítimas do sistema** são aquelas cuja negatividade em sua condição de sujeitos humanos é decorrente dos próprios critérios de justiça vigentes em uma dado sistema, sociedade, instituição ou microestrutura. Elas não são produzidas por ações em desconformidade com as normas vigentes, mas resultam, ainda que não intencionalmente, desse exato cumprimento. Por isso elas são invisíveis ao sistema. Sua negatividade é atribuída à ordem natural das coisas. Para romperem essa redoma, precisam autoconstituir-se instersubjetivamente enquanto comunidades críticas que lutam pelo seu reconhecimento.⁴¹

O reconhecimento de direitos permite ultrapassar esse limiar de invisibilidade e incorporar os critérios que permitem à vítima lutar frente ao desrespeito daquilo que já se encontra reconhecido. Ao mesmo tempo, serve para a vítima afirmar-se em uma relação de autorrespeito à medida que vê na comunidade o estabelecimento de uma relação de reciprocidade envolvendo direitos e obrigações. A negatividade de quem não tem realizado um direito reconhecido pode ser dita pela vítima na condição de vítima **segundo o sistema**. É o desrespeito a critérios já institucionalizados que ela denuncia.⁴² A negação sistemática do desrespeito depende de estratégias violentas de silenciamento dos critérios reconhecidos de injustiça para que se retome a “naturalidade” ou a “banalidade” da condição da vítima.

⁴¹ DUSSEL, *Ética da libertação*, cap. 5.

⁴² Essas duas categorias foram desenvolvidas pelo autor em WANDELLI, *Despedida abusiva*, ob. cit., p. 32-35.

Aí já reside o primeiro aspecto positivo do direito ao trabalho: permitir experienciar a sua degradação e privação como injustiça que pode ser dita e, na medida que se apresentem outras condições, veicular os sentimentos de injustiça e vergonha ante o desrespeito como mobilizadores para a luta transformadora⁴³ e a resistência frente à degradação da subjetividade⁴⁴. Sem o reconhecimento institucionalizado torna-se muito mais difícil a perspectiva de denúncia desde a corporalidade negada das vítimas. O reconhecimento jurídico do direito ao trabalho, sendo indispensável à reprodução do sistema, por sustentar expectativas normativas mobilizadoras para a produção, é, ao mesmo tempo, a garantia de um espaço de luta pela sua efetivação diante de sua negação e degradação.

Não se pode, porém, perder de vista que, conforme tratado no capítulo anterior, existem condições necessárias para a capacitação dos sujeitos ao exercício da autonomia crítica. Enquanto nos países centrais com níveis significativos de bem estar material o tema da pobreza e da redistribuição esteve em segundo plano, avultando-se as lutas pelo reconhecimento simbólico das diversidades, em países como o Brasil, o tema do desrespeito frente à injustiça material é evidenciado, eis que “onde há um seríssimo déficit de bem-estar social, grandes parcelas da população estão fora da possibilidade de constituírem-se como sujeito de luta por distribuição e reconhecimento, sejam estes entendidos como *status* ou autorreconhecimento”.⁴⁵

⁴³ HONNETH, **Luta por reconhecimento**, ob. cit., p. 220-224.

⁴⁴ DEJOURS, **A banalização da injustiça social**, ob. cit.

⁴⁵ PINTO, Celina Regina Jardim. **Nota sobre a controvérsia Fraser-Honneth informada pelo cenário brasileiro**, In Lua Nova: Revista de Cultura e Política. São Paulo, n. 74, 2008.

Esse espaço de luta material e simbólica por reconhecimento envolve a perspectiva de ampliação dos direitos em dois aspectos. Um aspecto objetivo, pela própria ampliação e aprofundamento do conteúdo dos direitos de reconhecimento daqueles que vivem do trabalho, aumentando a tensão no interior do sistema. Resgatar que aquele que trabalha não só se desincumbe de uma obrigação de entrega da força de trabalho vendida, mas também tem um direito fundamental ao conteúdo do próprio trabalho, dimensão fundamental que hoje está obscurecida, é uma pretensão deste trabalho que aponta nesse sentido. Outro aspecto é a ampliação subjetiva daqueles que são titulares do direito ao trabalho, numa perspectiva que pretende fazer valer esse direito não exclusivamente – mas também – nas relações assalariadas. Isso se articula com o aspecto objetivo de ampliar a própria noção de trabalho a que se refere o direito ao trabalho, de modo que não se reduza a totalidade do trabalho humano juridicamente protegido à sua parte, um determinado padrão de trabalho assalariado.

Os dois requisitos necessários dessa ampliação objetiva e subjetiva consistem em **(a)** não aceitar o esvaziamento do paradigma do emprego juridicamente protegido ao qual foram conduzidas grandes parcelas das populações, mas, ao revés, complementá-lo e **(b)** assegurar que toda forma de trabalho seja capaz de assegurar, em termos de reconhecimento jurídico e solidário, patamares de acesso a bens, respeito e estima sociais que permitam

diversificadas formas de vida digna daqueles que vivem do trabalho⁴⁶. O programa **b** não pode ser considerado, pois, um substituto do programa **a**.

Cabe, pois, situar os temas da identidade⁴⁷ e da luta por reconhecimento em relação com a reconstrução do direito ao trabalho aqui proposta. O trabalho não é só produtor de bens materiais e imateriais satisfatores de necessidades, mas é também produtor do humano, o que inclui o seu papel central como modelo de individuação humana. Um tipo específico de relação entre trabalho e individuação humana surge com a primeira revolução industrial, aniquilando outras formas de produzir e de mediação intersubjetiva da identidade pelo trabalho. Esse modelo ganha corpo na experiência histórica da sociedade salarial, ampliando-se como plataforma generalizada de reconhecimento (imperfeito) e acesso a bens, ao passo que aprofunda o não reconhecimento de outras formas de trabalhar. Com a ruptura promovida pela nova face de acumulação financeira do capitalismo flexível, a dimensão de reconhecimento do assalariamento por meio da relação de trabalho juridicamente regulada (o melhor que se pôde alcançar na sociedade capitalista) é drasticamente desestruturada, ao mesmo tempo que se agiganta a sua dimensão opressora.

Hoje, quando, nessas condições, se abre a perspectiva do direito do trabalho procurar reencontrar-se desde uma perspectiva por alguns

⁴⁶ “(...) o reconhecimento dos diferentes tipos de trabalho só é democrático na medida em que cria em cada um deles um patamar mínimo de inclusão. Ou seja, o polimorfismo do trabalho só é aceitável na medida em que o trabalho permanece como critério de inclusão.” SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**, ob.cit., p. 379.

⁴⁷ Utiliza-se o termo “identidade” como expressão que corresponde à representação comum da temática aqui abordada. Contudo, não há identidade estática, nem sujeitos idênticos a si, mas sempre em processo de individuação, conforme explicitado adiante.

denominada de pós-neoliberal,⁴⁸ cumpre perguntar sobre as condições de apropriação dos processos de subjetivação por meio do trabalho juridicamente regulado. Essa pergunta se divide em duas. Que valor ainda tem o trabalho para a constituição dos sujeitos em comunidade numa trajetória de vida ? Embora o trabalho nas condições da exploração capitalista possa, com razão, ser denunciado como um dos fatores de negação das possibilidades de autonomia e autovalorização humana, interessa aqui explorar as potencialidades positivas do trabalho para esse fim. E, havendo ainda no trabalho perspectivas emancipatórias, que papel exercem, para tanto, os direitos introduzidos na regulação jurídica ? Dos múltiplos aspectos daí decorrentes, serão destacadas as relações entre trabalho, lei e subjetivação.

Principia-se, nos dois itens abaixo, resgatando a constituição sempre intersubjetiva dos sujeitos pelas tramas sociais. Essa lembrança de algo aparentemente óbvio e já ressaltada quando da análise da dinâmica do reconhecimento é, ainda, relevante, à medida que a filosofia política absorvida por grande parte do discurso dos direitos humanos pretende ainda se sustentar sobre a suposição de uma noção de indivíduo autorreferente que não encontra qualquer respaldo no atual desenvolvimento das ciências sociais.

⁴⁸ ERMIDA URIARTE, Oscar. **Caracteres, tendencias y perspectivas del derecho del trabajo en América Latina y en Europa**. In Revista de Derecho Social Latinoamérica. Buenos Aires, Bomarzo, n. 1, 2006, p. 7-28.

3.2. A corporalidade atravessada pelo outro e a ilusão do indivíduo na filosofia dos juristas

Buscando tornar concretas as análises das relações de poder, Michel Foucault desafia a visão jurídica de soberania:

En vez de preguntar a sujetos ideales qué es lo que han podido ceder de sí mismos o de sus poderes para dejarse sojuzgar, se debe analizar de qué modo las relaciones de sujeción pueden fabricar sujetos.⁴⁹

Foucault é um autor que muitas vezes foi acusado – e boa parte dessas críticas são injustas – de pretender anular o sujeito frente ao poder social.⁵⁰ Com efeito, parece extremado falar-se que são as relações de poder que “fabricam” os sujeitos, se isso for pensado em termos unilaterais e absolutos. Contudo, tem-se por inegável o valor da crítica ao extremo oposto a que se chegou com a noção jurídica de indivíduo. A concepção soberana de um sujeito substancializado, idêntico a si mesmo e que, então, entra em relação com outros sujeitos, trata as relações como exteriores aos indivíduos. Essa visão, que está na base do individualismo moderno, seja em Descartes, seja em Kant, oculta as lógicas institucionais e as tramas sociais conflitivas que são co-constitutivas dos mesmos sujeitos.

⁴⁹ FOUCAULT, Michel. **Genealogia del racismo: de la guerra de las razas al racismo de Estado**. Madrid, La Piqueta, 1992, p. 275.

⁵⁰ Para uma leitura da obra Foucaultiana, aplicada às relações de trabalho, que insiste no aspecto de que a revogação parcial da subjetividade autônoma, universal e individual do sujeito de direito, pelo poder da disciplina, do biopoder, pela diluição nas estratégias dos saberes locais e pela individuação atravessada pelo coletivo não significa a anulação da subjetividade, ressaltando, ao revés, que “as práticas históricas criadoras dos grupos sociais têm uma presença marcante na produção de direitos, inclusive para os trabalhadores”, havendo sempre “formas de autoconstituição do sujeito, enquanto possibilidade de afirmação diante dos discursos e práticas que o sujeitam” ver FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho**. São Paulo, LTr, 2001.

Hegel é talvez o nome mais proeminente a formular a crítica à concepção kantiana de sujeito e de direitos e fê-lo já em seus primeiros estudos sobre o direito natural, em que se opõe ao contratualismo:

um atomismo que se caracteriza por pressupor a existência de sujeitos isolados uns dos outros, como uma espécie de base natural para a socialização humana; mas a partir desse dado natural já não pode mais ser desenvolvido de maneira orgânica um estado de unificação ética entre os homens; ele tem de ser exteriormente ajuntado a eles como um “outro estranho”.⁵¹

A subjetividade, para o jovem Hegel “é criada por meio de uma luta entre pessoas pelo reconhecimento recíproco de sua identidade” na qual a consciência de si constitui a “unidade de si mesmo no ser-Outro de alguém”, ao ver a si mesmo no Outro e ao aceitar o Eu como a “identidade da identidade e da não identidade.”⁵² Nessa perspectiva, a principal função dos direitos é ajudar a estabelecer o reconhecimento necessário para o desenvolvimento adequado da personalidade. O “direito representa uma relação de reconhecimento recíproco através da qual cada pessoa experiencia, como portador das mesmas pretensões, o mesmo respeito”.⁵³

Apesar dessas críticas, que também são feitas desde múltiplas outras perspectivas teóricas, a filosofia política liberal intenta isolar o sujeito de sua dependência face aos outros e ao mundo, iludindo-se com um ser espiritual interior autocoincidente, portador de uma individualidade autoconsciente que seria anterior ao outro. Nas palavras de Charles Taylor, tal pretensão é

⁵¹ HONNETH, **Luta por reconhecimento**, 39.

⁵² DOUZINAS, ob. cit., p. 272 e 277.

⁵³ HONNETH, **Luta por reconhecimento**, p. 105.

“ontologicamente impossível (...) sua obtenção representaria a abolição do sujeito.”⁵⁴

Porém, por mais irrealista que pareça, é esse tipo de individualismo que está na base da ideologia justificadora da visão universalista ocidental dos direitos humanos. Tomemos um exemplo paradigmático em Norberto Bobbio, seguindo a análise crítica que lhe faz Helio Gallardo⁵⁵. O jusfilósofo italiano utiliza essa mesma compreensão para justificar a proeminência do indivíduo sobre a coletividade e a primazia dos direitos individuais sobre os direitos coletivos como o grande logro do “pensamento político universal”. Tão crucial ao ponto de afirmar não ser possível justificar a democracia fora do individualismo. A longa citação se justifica por condensar exemplarmente a visão ainda hegemônica de direitos humanos:

Que los hombres fuesen libres e iguales en el estado de naturaleza descrito por Locke [era] una exigencia de la razón que sola habría podido invertir radicalmente la concepción secular según la cual el poder político, el poder sobre los hombres, el imperium, procede de arriba abajo y no al contrario. [...] De este vuelco nace el Estado moderno, primero liberal, en el que los individuos que recobran el poder soberano son sólo una parte de la sociedad; después democrático, en el que son potencialmente todos, y por último social, en el que los individuos convertidos todos en soberanos sin distinciones de clases reivindican, además de los derechos de libertad, los derechos sociales, los cuales son también derechos del individuo [...] Me parece difícil negar que las afirmaciones de los derechos humanos, *in primis* de los de libertad o mejor de las libertades individuales, sean uno de los puntos sin retorno

⁵⁴ Apud DOUZINAS, ob. cit., p. 276-277.

⁵⁵ GALLARDO MARTÍNEZ, Hélio. **Política y transformación social: discusión sobre derechos humanos**. p. 157 e ss.

del pensamiento político universal. [...] Eliminado una concepción individualista de la sociedad. No lograréis justificar la democracia como forma de gobierno.⁵⁶

Assim, na visão de Bobbio, não só o Estado moderno surge da prioridade do indivíduo sobre as estruturas sociais, como tal prioridade, que se expressa na primazia de direitos individuais sobre direitos sociais, é a condição de possibilidade dos direitos humanos e da democracia. E esse seria um dos “pontos sem retorno do pensamento político universal”.

Vê-se aí que toda a filosofia política e jurídica de Bobbio, que neste ponto expressa consensos largamente compartilhados por diversas vertentes de pensamento jurídico atual⁵⁷, está apoiada na oposição entre um indivíduo supostamente já autônomo, que é tomado como realidade anteriormente dada e relações sociais que se lhe opõem, seja como totalidades opressoras, seja como relações democráticas por eles constituídas. No entanto, essa filosofia não se coloca a questão acima levantada por Foucault, que é uma pergunta que de algum modo perpassa praticamente todas as vertentes das ciências sociais na atualidade, sobre como estruturas sociais constroem, intersubjetivamente, os sujeitos que por sua vez as engendram.

Ocorre que negar a constituição intersubjetiva dos sujeitos pelas próprias tramas sociais de poder significa, no caso de direitos humanos, criar uma blindagem dessas estruturas de dominação e esterilizar a potencialidade de

⁵⁶ *Apud* ibidem, p. 158-159. GALLARDO sustenta que sequer em Locke há esse individualismo, pois o autor do Segundo Tratado sobre o Governo Civil parte da análise das estruturas sociais da divisão social do trabalho e da família para então chegar no indivíduo, o qual tampouco é universalizável, pois uns indivíduos são estruturalmente dominantes e outros estruturalmente dominados nessas mesmas relações. O que Locke quer potencializar não são os indivíduos, mas essas estruturas sociais de dominação.

⁵⁷ Vejam-se, ainda, as considerações feitas no capítulo anterior sobre a tentativa de Carlos S. Nino em compatibilizar liberalismo e a satisfação das necessidades.

direitos humanos servirem à sua transformação. O indivíduo universalizado nessa concepção é, em regra, um espécime altamente específico: o varão branco proprietário, maximizador de benefícios (utilidades abstratas). Tais indivíduos só “existem” porque integram e são constituídos por relações sociais de desigualdade sexual, familiar, racial, de posições hierárquicas na divisão social da produção material, simbólica e de apropriação do valor. Não há proprietário sem específicas relações sociais que produzam essa condição, da mesma forma que não há paternidade sem relações familiares. E é grande a produção sociológica e historiográfica que evidencia o quão árduo vem sendo o processo histórico, oxalá jamais inteiramente realizado, de generalização de sujeitos moldados pela racionalidade maximizadora de benefícios.⁵⁸ E não faltam demonstrações da perenidade de subjetividades irreduzíveis a essa forma, tais como aquelas relativas à estrutura da dívida.⁵⁹

Não é à toa que, no individualismo jurídico, os direitos individuais devem primar sobre a inefetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais ou que no direito processual sejam gigantescas as dificuldades criadas à reivindicação judicial de direitos difusos e coletivos pelo seu potencial de “ameaça”

⁵⁸ Apenas dois exemplos clássicos: WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. São Paulo, Pioneira Thompson, 2001. THOMPSON, Edward Palmer. **Costumes em comum**. São Paulo, Companhia das Letras, 1998. Merece referência, ainda, a polêmica estabelecida por Jessé Souza frente à autocompreensão sociológica “oficial” brasileira, de autores como Sérgio Buarque de Holanda, Raimundo Faoro e Roberto Da Matta, que buscam a chave explicativa da formação social brasileira nas relações pessoais de afeto e compadrio. A essa visão, Souza vai opor a noção de modernização periférica seletiva, mediante a qual as instituições modernas do Estado e do Mercado são determinantes para a difusão de valores morais constitutivos de uma subjetividade racional, impessoal, calculadora e autorresponsável. A incapacidade de pessoas ou grupos em alcançar os requisitos normativos dessa subjetividade atribuem-lhe a subcondição de precários, ou seja, sem as condições para ser reconhecidos como membros de igual valor, culpabilizando-os pela desigualdade. SOUZA, Jessé. **A modernização seletiva: para uma reinterpretação do dilema brasileiro**. Brasília, Ed. UnB, 2000.

⁵⁹ Uma resenha dos intentos de identificação do vínculo social básico a partir das relações de dívida se encontra em DOSSE, François. **O império do sentido: a humanização das ciências humanas** (trad. Ilka Stern Cohen). Bauru, Edusc, 2003, especialmente p. 131-169.

aos direitos individuais. A universalização desse “indivíduo” é a universalização das estruturas de desigualdade que o produzem e que ele, em sua “individualidade” reproduz. O que não se pode justificar, sem recorrer a essa mistificação dos indivíduos “bolas de bilhar”⁶⁰, que se chocam, se relacionam, mas não se constituem mutuamente, não é a democracia, mas sim, a manutenção de estruturas sociais de dominação que, antes, atuam na construção daqueles indivíduos.

A consequência é que a ocultação da constitutividade das tramas sociais sobre os indivíduos não afeta somente a autonomia daqueles que se encontram em uma posição inferior numa relação desigual. Como insistia Marx, a ação dos sujeitos produz efeitos não desejados (estruturas sociais) que se impõem “por sobre a cabeça” dos mesmos sujeitos que as produziram como leis compulsivas. E empresários ou patricarcas certamente não escapam de sofrer o golpe do bumerangue lançado e que lhe leva a reproduzir o mecanismo. Dessa forma, embora não sofram a mesma negatividade produzida pela desigualdade sobre os dominados, os indivíduos dominantes, como ressalta Gallardo

[...] tampoco son autónomos respecto de las lógicas de dominación (propietarista y adultocéntrica, por ejemplo), sino que sólo materializan sus personificaciones protagonistas. Esto quiere decir que las lógicas poseen carácter autónomo respecto de todos los individuos singulares. Se les imponen por naturaleza. Los obligan, por ejemplo, a ser eternamente padres e hijos. De aquí que en este sistema ‘individualista’ nadie es libre ni moral, al contrario de lo que estima Bobbio. O, mejor,

⁶⁰ Expressão sintomaticamente surgida no âmbito do direito internacional e que se refere à pretensão de imunidade dos Estados soberanos quanto a suas relações intra-estatais.

sólo se está en procesos de liberación y de moralidad si se lucha contra estas lógicas.

Na visão do individualismo liberal, há uma prioridade dos direitos humanos ditos “individuais”, assim considerados aqueles referentes à integridade da pessoa frente ao Estado e às liberdades cívicas e políticas por sobre aqueles direitos humanos denominados “sociais”, que se referem à satisfação das necessidades essenciais, de moradia, saúde, educação e desenvolvimento cultural, seguridade social.⁶¹ “Na base da grande negação em garantir tais direitos humanos fundamentais estava o fato de não garantir o direito ao trabalho.”⁶² Sendo os indivíduos supostamente anteriores à sociedade, pode-se afirmar direitos individuais desses sujeitos não necessitados, para os quais a propriedade e o respeito aos contratos são os direitos supremos, em detrimento daqueles direitos que, por se referirem à satisfação de necessidades básicas da grande parcela “sobrante” dos indivíduos, tensionam a transformação das estruturas econômicas de uma sociedade que é incapaz de assegurar o direito ao trabalho.⁶³

O “individualismo”, assim visto, está muito longe de ser um “pensamento político” que prioriza as pessoas concretas contra as estruturas sociais, comunidade ou governo. Ao revés, absolutiza uma específica estrutura de relações sociais, uma determinada economia política, que, ademais, é

⁶¹ É essencial lembrar que mesmo esses direitos não chegaram a ser universalizados e ainda hoje são largamente violados. Sintomaticamente, contra os movimentos sociais reivindicadores dos direitos “sociais” negados é que ocorrem as mais dramáticas violações dos direitos liberais de manifestação, participação política, integridade corporal, a fim de garantir a postergação contínua da realização dos direitos econômicos, sociais e culturais. Os direitos humanos, assim, são colocados a serviço da violação dos direitos humanos. Em certo sentido, para o desenvolvimento da democracia liberal levou à negação da própria democracia liberal. HINKELAMMERT. *As armas ideológicas da morte* (trad. Luiz João Gaio). São Paulo, Paulinas, 1983, p. 146-147.

⁶² Idem, ibidem, p. 145.

⁶³ Idem, ibidem, loc. cit.

discriminatória e imobiliza os processos de individuação, ao universalizar uma única trama identificadora. Nega, com isso, a possibilidade de abertura dos processos intersubjetivos de reconhecimento como momentos necessários do desenvolvimento da subjetividade, ao passo que subordina os direitos relativos à realização das necessidades para a autonomia dos sujeitos, o direito ao trabalho à frente, priorizando os direitos que asseguram as necessidades do intercâmbio de mercadorias e de rentabilização crescente.

3.3. O falseamento da filosofia jurídica pelas ciências sociais

A objeção feita acima à filosofia do indivíduo subjacente à parcela ainda dominante da tradição jurídica pode se apoiar nas mais diversas vertentes das ciências sociais, hoje. Embora o direito não seja menos legítimo na pretensão de significar a realidade que nenhuma outra ciência social, o indivíduo a que se refere o discurso jurídico parece não encontrar qualquer respaldo no desenvolvimento atual dos demais saberes. É uma categoria central desse discurso que se revela inteiramente desconectada do movimento de aprendizado experimentado nos outros campos de conhecimento, científicos ou não. E não há nenhuma razão para acreditar-se que seja o direito aquele que está mais próximo da realidade dos sujeitos humanos concretos.

O quanto dito acima não implica que os sujeitos sejam meros figurantes passivos de estruturas sociais que lhes são indisponíveis. Ao revés, é a afirmação do caráter insuprimível da subjetividade. As relações de produção são relações essencialmente éticas, por mais que as mediações produzidas possam

converter-se em máquinas que devoram seus criadores.⁶⁴ Primeiro, porque, como salientado, a reprodução do sistema produtivo depende de apoiar-se no engajamento subjetivo dos trabalhadores, que se vinculam ao sistema por meio da assunção de expectativas normativas de reconhecimento. Segundo, que sempre há capacidade de agir sobre essas estruturas, apropriar-se dos espaços existentes e trabalhar sobre si, interferindo no próprio processo de subjetivação e, com a ajuda das coletividades, continuar o processo de individuação, ou seja, de reapropriação dos elementos da pré-individualidade, impulsionando modificações na coletividade. Um processo que pode ser lido segundo a gramática da luta por reconhecimento, acima mencionada.

Qual a exata gramática dessa relação entre ação e estrutura é uma questão que alimenta um vai-e-vem infundável no âmbito das ciências sociais. Um sem número de perspectivas possíveis, ora acentuando o pólo estrutural das relações, ora acentuando espaço de liberdade da ação, sucede-se nas disputas acadêmicas.⁶⁵ Pode-se dizer que é normal que isso seja assim, uma vez que se conceba que não emerge daí uma ordem estável de relações, mas uma tensão sempre instável. Desse variado espectro de posições, porém, extrai-se uma constante, pelo menos nas últimas décadas: nenhuma perspectiva, hoje, nas ciências sociais, é capaz de sustentar uma alternativa extrema nessa equívoca dicotomia entre indivíduo e sociedade, que dissolva a tensão em prol de um pólo

⁶⁴ DUSSEL, **La producción teórica de Marx**, p. 228.

⁶⁵ Para um balanço recente dessas disputas com foco nas ciências sociais da França dos últimos 15 anos do século XX, ver DOSSE, François. **O império do sentido: a humanização das ciências humanas** (trad. Ilka Stern Cohen). Bauru, Edusc, 2003, especialmente p. 131-169.

ou outro. Ainda na primeira metade do século XX, Norbert Elias já apontava com clareza para a inviabilidade dessa maneira dicotômica e simplista de pensar:

Considerar tais discrepâncias dessa maneira talvez nos ajude a aguçar nossa consciência da inadequação de muitas discussões que tentam determinar se o “indivíduo” deve ser colocado acima da “sociedade” ou vice-versa, como se realmente estivesse em jogo uma escolha excludente. (...) Na práxis da vida social, é constante nos interessarmos por essas questões de harmonização e equilíbrio. Mas o aparelho conceitual usado para tentar resolver essas questões costuma ser moldado pelos brados adversários do individualismo ou do coletivismo, com suas alternativas diametralmente opostas. Quando se reflete calmamente, não é difícil ver que, no fim das contas, as duas coisas só são possíveis juntas. As pessoas só podem conviver harmoniosamente como sociedades quando suas necessidades e metas socialmente formadas, na condição de indivíduos, conseguem chegar a um alto nível de realização; e o alto nível de realização individual só pode ser atingido quando a estrutura social formada e mantida pelas ações dos próprios indivíduos é construída de maneira a não levar constantemente a tensões destrutivas nos grupos e nos indivíduos. Na prática, porém, as sociedades, particularmente nas complexas nações industrializadas, não avançaram muito nessa direção.⁶⁶

Elias criticava, entre outras coisas, a forma em que essa dicotomia era resolvida normativamente, a partir da posição tomada *a priori* sobre o como a relação entre indivíduo e sociedade deve ser, sem antes considerar-se se as alternativas em questão correspondem realmente a como ela realmente é. “Temos

⁶⁶ ELIAS, Norbert. A individualização no processo social, in ELIAS, **A sociedade dos indivíduos**. Rio de Janeiro, Zahar, 1994, p. 122-123.

sólidas convicções sobre a melhor forma de cura, antes de dispormos de um diagnóstico baseado nos fatos.”⁶⁷

Um dos temas centrais das ciências sociais no qual se desenvolveram as discussões sobre a relação entre indivíduo e sociedade está na temática da socialização. Uma proposta já clássica para a gramática desse processo foi dada por Pierre Bourdieu e seus conceitos de *habitus* e campo, com os quais pretendia ser capaz de expressar esse duplo movimento de interiorização da exterioridade e exteriorização da interioridade, fugindo da dicotomia subjetivismo/objetivismo.⁶⁸ O próprio sociólogo francês, embora tenha criticado várias vertentes do estruturalismo, considerando-as deterministas, não deixa de se inserir nessa tradição, oscilando, ao longo de sua trajetória intelectual, entre uma interpretação mais determinista do conceito de *habitus* e uma outra mais permeável às mutações introduzidas pelos sujeitos.⁶⁹

Seu discípulo mais próximo, Luc Boltanski, viu nesses conceitos-chave uma caixa-preta que veiculava um determinismo excessivo, pretendendo romper com o paradigma bourdieusiano. Embora denunciando a concepção de *habitus* profissional como insuficiente para abordar as relações profissionais em um mundo em rede, no qual as conexões são tanto mais proveitosas, quanto mais longínquas e improváveis, desenvolve o seu conceito de **ciudades**, diferenciadas em sete tipos de cidades, cada qual com sua gramática. É no interior desses mundos especializados, cada qual com sua própria lógica, que se articulam as subjetividades. “Las ciudades se presentan, por lo tanto, como formas restrictivas

⁶⁷ Idem, *ibidem*, loc. cit.

⁶⁸ BOURDIEU, Pierre. **Sociologia** (org. Renato Ortiz). São Paulo, Ática, 1983, p. 46-47.

⁶⁹ DOSSE, ob. cit., p. 62-63.

que limitan las posibilidades de acción en un mundo determinado cuya lógica comparten y legitiman.”⁷⁰

Ainda sobre o tema essencial da socialização e da individuação, como modo de evidenciar a abissal lacuna das estruturas de socialização no discurso da autonomia do sujeito presente na filosofia política e jurídica, são essenciais os estudos desenvolvidos no âmbito da psicologia social, que demonstram que a formação da autoconsciência provém da relação intersubjetiva. Para George H. Mead, “um sujeito só pode adquirir uma consciência de si mesmo na medida em que ele aprende a perceber sua própria ação da perspectiva, simbolicamente representada, de uma segunda pessoa.”⁷¹

Como um exemplo a mais do déficit de realidade da filosofia dos juristas, vale mencionar os trabalhos de Gilbert Simondon e Lev S. Vigotski. Tomando esses dois autores, Paolo Virno descreve os passos da dinâmica da individuação, esclarecendo que esta não é a passagem de um indivíduo autista que, então, se socializa progressivamente, como pensava Piaget, mas é sempre a transformação de elementos que pré-existem ao sujeito, no âmbito da sociabilidade, em sua singularidade individuada.⁷²

⁷⁰ BOLTANSKI, Luc e CHIAPELLO, Ève. **El nuevo espíritu del capitalismo**. Madrid, Akal, 2002, p. 160. As sete cidades concebidas por Boltanski são: inspirada, doméstica, do renome, cívica, industrial, comercial e a cidade por projetos ou de rede.

⁷¹ *Apud* HONNETH, **Luta por reconhecimento**, ob. cit., p. 131. Na psicologia social de Georg Herbert Mead, amplamente utilizada por Honneth, a formação da identidade moral se dá na relação conflitiva entre a interiorização das expectativas normativas recíprocas na coletividade, o “Me”, e os impulsos criativos do “Eu”, que força novas formas de reconhecimento social, ampliando os direitos.

⁷² VIRNO, Paolo. “Multidão e princípio de individuação”. In **Revista Reichiana**, ano XI, n. 11, 2002, p. 81. Toma-se a descrição de Virno pelo didatismo da exposição. Não se pretende, porém, seguir a trilha de Virno (assim como de Negri), na passagem que fazem da individuação à categoria política da multidão, nem sua crítica ao Estado e tampouco a maneira como transformam em um único amálgama, “trabalho vivo” (não-valor) e “general intellect”. O que é produzido pelo trabalho vivo, como trabalho objetivado (=capital), inclusive como conhecimento objetivo, se lhe opõe como estranho (como pré-individualidade), de modo que à alienação do produto do trabalho se segue a autoalienação do próprio ser que trabalha. Em todos os

Na especificidade histórica das relações de produção capitalista, a divisão social do trabalho e o conhecimento objetivo que nela se produz são tomadas como dimensões de pré-individualidade que, junto com a linguagem constituem o âmbito “social” pré-individual que possibilita a individuação singular. A produção capitalista sempre depende da apropriação de capacidades gerais: a percepção, a linguagem, a memória, os afetos.⁷³ A categoria marxiana de “*general intellect*” (o saber abstrato, a ciência, o saber impessoal) expressa para Virno esse conhecimento objetivo e instaura hierarquias e relações de poder que integram a pré-individualidade da qual parte todo processo de individuação.

A questão central, aí, está em que a individuação, que sempre parte do social (lingüístico e histórico) para a transformação em singularidade individuada, nunca é completa no sujeito. Sempre resta no sujeito uma parte de pré-individualidade ainda não individuada.

momentos, porém, há tensão entre a força estranha, constitutiva, a pré-individualidade histórica que subsume/apropria a subjetividade e a sua resistência/reapropriação no processo de individuação do sujeito, de modo que as relações entre a “*general intellect*” apropriada pelo capital e a subjetividade singular não parecem ser homologáveis entre si. Uma coisa é o conhecimento ou a criatividade já objetivados/subsumidos, outra coisa é a capacidade criadora, ainda não subsumida, o trabalho vivo. São dificuldades no pensamento de Virno cuja crítica não se poderá, aqui, desenvolver.

⁷³ Reputa-se ser errônea a afirmação de Virno de que essa é uma característica do “capitalismo desenvolvido”. Mesmo a manufatura depende, para se realizar, da apropriação das mesmas capacidades. Em nenhuma organização coletiva de trabalho a “ordem prescrita” do trabalho, ou seja aquela que corresponde ao planejamento centralizado da produção, é idêntica à “ordem real” do trabalho. E isso não significa (apenas) que os comandados descumprem as regras estabelecidas, mas que esse “descumprimento” é a condição de possibilidade mesma de que a produção ocorra. É impossível que a organização prescrita da produção preveja todas as situações reais que exijam a intervenção humana. Constantemente se faz necessário, diante do inusitado, que o trabalhador empregue sua criatividade ou que as prescrições sejam mesmo contrariadas para que se atinjam os resultados. Christophe Dejours denominou essa característica de “zelo”. “O zelo é precisamente tudo aquilo que os operadores acrescentam à organização prescrita para torná-la eficaz; tudo aquilo que empregam individual e coletivamente e que não depende da *execução*.” DEJOURS, Christophe. **A banalização da injustiça social**, p. 30. Essa indispensabilidade do zelo, que depende das capacidades humanas mais gerais, se expressa em uma experiência conhecida, ainda nas organizações tayloristas, da “greve de zelo”. Esta consiste não só em fazer com perfeição tudo o que determina a “ordem prescrita”, o manual, mas especialmente em só fazer o que for determinado. A produção pára. O que o capitalismo avançado tem produzido, desde a década de 60, é o desenvolvimento de técnicas de gestão do zelo, tornando-o mais visível tanto no plano interno das organizações, quanto no plano geral da sociedade.

O sujeito não coincide com o indivíduo individuado, porém, contém em si, sempre, uma certa proporção irreduzível de realidade pré-individual; é um precipitado instável, algo composto. É esta a primeira das duas teses de Simondon sobre a qual gostaria de chamar a atenção. “Existe nos seres individuados uma certa carga de indeterminado, isto é, de realidade pré-individual, que passou através da operação de individuação sem ser efetivamente individuada. Podemos chamar natureza a esta ‘carga de indeterminado’.” (Simondon, 1989: 210). É completamente falso reduzir o sujeito ao que é, nele, singular: “o nome de indivíduo é abusivamente dado a uma realidade muito mais complexa, a do sujeito completo, que comporta nele, além da realidade individuada, um aspecto inindividuado, pré-individual, natural” (Simondon, 1989: 204).⁷⁴

O sujeito, assim, nunca é idêntico ao indivíduo individuado, mas, na expressão de Virno, algo “anfíbio”: o sujeito é essa convivência entre um “eu falo” e, para usar uma expressão freudiana, “isso que fala em mim”, entre singularidade individuada e pré-individualidade ainda não individuada. A tensão, no sujeito, entre pré-individualidade e individualidade é mediada pelos afetos. Uma conciliação entre ambos pode resultar emoções e paixões, como o desapego pode resultar em angústia.

A corporalidade humana, pois, está sempre atravessada pelo outro e pelas tramas sociais, num constante **processo de subjetivação**,

“[...] es decir, un proceso de mediación entre lo que nombramos y lo que nos nombra. [...] No estamos ante aceptaciones pasivas de identidades imaginarias, sino de procesos y prácticas que no sólo reflejan las relaciones de poder en las que los individuos y grupos están situados, sino que también posibilitan efectos de poder, producciones de deseos,

⁷⁴ Ibidem, p.82.

creación de alternativas, en definitiva, humanización del mundo que nos rodea.”⁷⁵

A lista de exemplos das diversas formas de perceber a relação entre indivíduo e estruturas sociais, segundo diferentes matrizes teóricas, mas sempre evidenciando o caráter mutuamente implicado, no qual a subjetividade se constrói processualmente na relação intersubjetiva, variando apenas o maior ou menor peso em um lado ou outro, poderia continuar.⁷⁶ Um movimento pendular que se mantém dentro de parâmetros que não desbordam de um certo grau de mediação entre estrutura e ação, entre indivíduo e sociedade, entre liberdade e determinismo. Não é necessário, aqui, adotar especificamente qualquer dessas perspectivas. Basta, porém, o quanto dito, para perceber que tal concepção não encontra suporte empírico que a permita sair do campo das especulações metafísicas para a realidade dos direitos na vida concreta das pessoas.

Ao afirmar a universalidade da natureza humana e a prioridade de cada indivíduo singular, está na verdade afirmando a intangibilidade de específicas relações sociais que o constituem e invisibilizando, com isso, sua capacidade de resistência e luta transformadora. Por isso, pode-se afirmar impunemente uma primazia dos direitos individuais sobre os direitos sociais. Sobretudo, é o que permite formular uma concepção de direitos humanos que está fadada a lidar com as consequências das relações sociais capitalistas, procurando evitar os seus efeitos mais nefastos sobre as pessoas e os recursos naturais, sem,

⁷⁵ HERRERA FLORES, **Los derechos humanos como productos culturales**, p. 116-117.

⁷⁶ A exemplo do conceito de “parlamento das coisas” e a teoria dos “objetos”. DOSSE, ob. cit., *passim*.

porém lidar com as causas desses processos destrutivos.⁷⁷ Ficam incólumes as estruturas sociais que determinam a desigualdade de acesso à produção e distribuição de bens materiais e imateriais indispensáveis a uma atuação social que possa ser considerada livre e autônoma.

Por isso, também, é possível festejar declarações solenes de direitos que não vêm acompanhadas das condições necessárias para alcançar aos seus titulares os bens para os quais direitos são apenas uma mediação.⁷⁸ E ainda assim, continuar sustentando que se trata de um pensamento que privilegia acima de tudo os direitos dos indivíduos.

Não há, aí, nem determinismo estruturalista, nem constituição, pelos sujeitos-constituídos, das estruturas sociais que, como efeitos não intencionais das suas ações, “voltam sobre as suas cabeças”, como diria Marx. Apenas sujeitos abstratos e autossuficientes que habitam algum outro planeta e, por certo, têm uma distinta forma de vida, sem necessidades materiais. Mas lá, o direito não tem vigência.

Cabe, porém, pensar que as relações concretas com a lei e o direito e mesmo com a lei e o direito do Estado, também participam do processo de individuação de assalariados e de não assalariados. Para o bem e/ou para o mal. Vale observar, então, como o direito do trabalho comparece nesse processo

⁷⁷ O diagnóstico feito por István Mészáros em 1982 é hoje ainda mais evidente: “a pressão que emana da referida base social inevitavelmente tende a definir a tarefa imediata em termos de encontrar respostas econômicas urgentes ao nível das manifestações da crise, enquanto são deixadas intactas as suas causas sociais.” MÉZARÓS, **A crise estrutural do capital**, ob. cit., p. 88.

⁷⁸ Por certo o caso do direito ao trabalho é emblemático. A enunciação cínica deste direito acompanhada da negação de suas condições de possibilidade é exemplificada no texto de MARTÍN VALVERDE et alii, **Derecho del trabajo**, 10^a ed., Madrid, Tecnos, 2003: “La manera adecuada de enfocar la relación entre derecho al trabajo y pleno empleo es, por tanto, considerar este último como el presupuesto económico indispensable para el ejercicio del primero. En cuanto tal, el pleno empleo no forma parte propiamente del contenido de este derecho, si bien condiciona decisivamente su efectividad.”

para, ao final, vislumbrar-se o enlace entre individuação, direito ao trabalho e luta por reconhecimento.

3.4. A legislação trabalhista e a moderna individuação pelo trabalho

No dizer de Agnes Heller, a modernidade não só transformou o modo de ser pré-moderno, baseado na estratificação social fixa, mas fez da transformação o seu próprio modo de ser. A dinâmica da modernidade se move pela negação. Desde então, passou a fazer sentido perguntar-se a uma menina de seis anos de qualquer lugar do mundo: o que você quer ser quando crescer ?⁷⁹ Ainda que fazendo-se abstração das condições de possibilidade de um tal projeto, essa é uma pergunta impensável em termos pré-modernos.

Quer-se observar, com isso, seguindo a Zygmunt Bauman, que a modernidade substituiu a predestinação pelo “projeto de vida”, o destino pela “vocação” e a natureza humana com a qual se nascia, pela “identidade” que cada qual tem de engendrar e ajustar nas tramas sociais que participa ao longo da vida. “Podemos chegar a ser aquilo que queiramos”, proclamou Pico della Mirandola. Uma autonomia *de iure*, ainda que não necessariamente *de facto*.

Contudo, até o último quartel do século passado, o peso dessa tarefa de autoconstrução (intersubjetiva), resultado da derrocada dos estamentos fixados pelo nascimento, vinha aliviado pelas suas sucessoras, as classes sociais. Se a identidade não estava escrita no berço, tratava-se de realizar todo esforço

⁷⁹ HELLER, Agnes. Uma crise global da civilização: os desafios futuros, in HELLER, Agnes et alii. **A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI**. Rio de Janeiro, Contraponto, 1999, p. 16.

para encontrar um nicho que permitisse incrustar-se em uma classe cujos parâmetros passariam a balizar a negociação da própria identidade.⁸⁰ Vale dizer, tratava-se de tentar assumir um lugar algo definido pela divisão social do trabalho, mas que tampouco vinha assegurado, como era antes na sociedade do *status*.

A divisão social do trabalho sempre correspondeu a tramas sociais individuadoras, em quaisquer sociedades históricas. A produção é sempre coletiva, na tribo, clã, família e é sempre autoprodução intersubjetiva do humano. A diferença introduzida pela modernidade é a transformação de um modo específico de trabalhar como o grande modelo produzido e reafirmado nas tramas sociais da divisão social do trabalho capitalista. O homem que trabalha vem a ser um trabalhador. A própria palavra “trabalhador” somente surge em tempos recentes. A modernidade inventou o “trabalho”, essa espécie específica de trabalho, ao promover a separação entre os produtores e os meios de produção e fez dele a grande trama social mediadora do processo de individuação. É só uma aparente incoerência o fato de que justamente a forma social que fez do trabalho o grande mediador da subjetividade seja aquela que mais intensamente produziu a separação dos produtores dos meios de produção, a que separou tempo de trabalho e tempo de vida e fez com esse tempo de trabalho abstrato colonizasse todos os momentos da vida. Trata-se de uma específica subjetividade, impessoal, adaptável, produtiva, abstrata, disciplinada, calculadora e prospectiva, da qual o trabalhador com esses atributos é o modelo paradigmático.

Portanto, a luta simbólica não se aparta da luta pelos meios de vida que, no contexto capitalista – o nosso “dato básico do real” segue sendo a

⁸⁰ BAUMAN, *La sociedad individualizada*, p. 163-166.

luta resultante da tensão entre a necessidade do capital de apropriação do trabalho para obtenção de mais-valia e os seus esforços por desvencilhar-se de sua genética dependência do trabalho. Produtos culturais são resultados engendrados nos processos de luta pelos meios de vida.⁸¹ Durante os fins do século XIX e ao longo de boa parte do século XX, os espaços nacionais e os espaços da grande empresa foram aqueles privilegiados nesse conflito pela subsunção do trabalho.

Emerge, então, a hipótese de que, nesse processo, a legislação do trabalho teve uma participação central, não como um mediador externo às próprias relações de trabalho, mas um mediador que igualmente foi produto das lutas dos trabalhadores. O direito não é só o mediador do reconhecimento das demandas dos trabalhadores, mas é produzido nessa mesma luta por reconhecimento. Nesse conflito se produz a valorização de uma específica forma de trabalhar como elemento central da organização das identidades e do acesso a bens. Sem esse específico momento, no qual se produziu uma determinada subjetividade trabalhadora jamais experimentada pela humanidade, não faria sentido falar de direito ao trabalho em um sentido moderno, mesmo que, agora, já não seja recomendável continuar a reivindicar exclusivamente essa especial forma de articulação do conflito que teve seu modelo máximo na sociedade salarial. Não caberia, aqui, percorrer minimamente os diversos momentos desse périplo. Quer-se apenas situar o seu sentido.

O conceito de “trabalho” como categoria geral e abstrata é uma invenção moderna. Em tempos anteriores as palavras relacionadas ao trabalho,

⁸¹ HERRERA FLORES, *Los derechos humanos como productos culturales*, p. 147-179.

nos diversos sentidos contemporâneos, não expressavam essa visão unitária. De todo modo, as várias expressões do trabalho foram vistas ao longo da história ora de forma positiva, ora de forma negativa. A visão mais difundida, que toma a história grega, passa pela medievalidade européia e conclui nos princípios da modernidade e mais especificamente nas origens da ética protestante, constrói um fio que liga apenas alguns momentos – ainda que importantes – das relações das várias culturas com o trabalho. Contudo, que o trabalho, notadamente os ofícios manuais ou mesmo a mercancia, tinham sentido pejorativo no contexto europeu dos princípios da modernidade é algo inegável. Ter antepassados que tivessem exercido tais atividades era suficiente para acometer à condição de “infecto”, dada a associação do trabalho manual ao preconceito racial, o que impedia o acesso a cargos públicos na colônia, só para referir um exemplo.⁸² E para a transformação desse caráter negativo não bastava a utilidade do trabalho para a produção capitalista. A utilidade econômica e social do trabalho, como bem ressalta Robert Castel,⁸³ não implica o reconhecimento social das pessoas que trabalham. Isso fica bem exemplificado na insuspeita dicção do abade Sieyès, um dos autores da Declaração dos Direitos do Homem, deixando claro a que “homem” ela se referia:

Entre os desgraçados destinados aos trabalhos penosos, produtores do prazer de outrem e recebendo somente de que se sustentar seu corpo sofrido e cheio de necessidades, nessa multidão imensa de instrumentos bípedes, sem liberdade, sem moralidade, que não possui

⁸² BERNAND, Carmen. Las representaciones del trabajo en el mundo hispanoamericano: de la infamia a la honra. In PAIVA, Eduardo F. e ANASTASIA, Carla M. J. **O trabalho mestiço: maneiras de pensar e formas de viver. Séculos XVI a XIX.** São Paulo, Annablume-UFMG, 2002, p. 402. O relato é o de um mestre encanador espanhol, residente na Guatemala, que teve negada sua solicitação à Real Coroa, em 1783, de indulto, para seus descendentes, de sua condição de infecto, por exercer, ele, trabalhos manuais.

⁸³ CASTEL, Robert. **Trabajo y utilidad para el mundo.** Revista internacional del trabajo. Ginebra, OIT, vol. 115, n. 6 (1996), p. 671-678.

senão mãos que ganham pouco e uma alma absorvida, é isto o que chamam de homens? Haverá dentre eles um único que seja capaz de ser admitido em sociedade?⁸⁴

É marcante, nesta citação, que, se, de um lado, “os prazeres de outrem” dependem desses “instrumentos bípedes”, inábeis à designação de homens – e as leis de vagabundagem largamente utilizadas, lá e cá, atestam a utilidade econômica do seu trabalho –, por outro lado, eles não são dignos de pertencerem à sociedade, de serem reconhecidos como cidadãos.⁸⁵ Curiosamente, um século após, no Brasil, em 1879, o Ministro da Agricultura, Conselheiro de Sinimbu, lamenta justamente o fato de que os “instrumentos bípedes” europeus não são suficientemente passivos à sujeição às condições da lavoura, o que levou ao fracasso da experiência da imigração pelo sistema de parceria:

“o colono europeu só aceita na extremidade de circunstancias, espeitando a ocasião em que se possa estabelecer por si mesmo, só, livre e independente, que tal é a sua mais ardente aspiração ao pizar em solo extensísimo e na maior parte innocupado.”⁸⁶

O reconhecimento social do trabalho na modernidade não advém da utilidade em si. Ele somente chega ao trabalho através do suporte de um regulamento jurídico que retire o trabalho da indignidade social. O reconhecimento potencializa, cria espaços de autoestima e fomenta as lutas reivindicatórias. Foi

⁸⁴ *Apud* CASTEL, Robert, **As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário**, Petrópolis, Vozes, 1999, p. 270.

⁸⁵ CASTEL, **Trabajo y utilidad para el mundo**, p. 673.

⁸⁶ *Apud* LAMOUNIER, **Da escravidão ao trabalho livre**, São Paulo, Parirus, p. 136. De toda forma, o episódio da lei de locação de serviços de 1879 deixa claro que as pessoas que viviam apenas do seu trabalho eram vistas somente como instrumentos necessários à atividade das fazendas, num discurso que associa pobreza com indignidade e mistura vagabundagem, indolência e salvação da lavoura.

através da mediação conflitiva do direito do trabalho, ponderando a contratualidade civil – em especial pondo limites à livre dispensa e à livre fixação de salários –, que o trabalho passou a ter uma dimensão de suporte de reconhecimento social, além de mero objeto de intercâmbio ou matéria do direito penal. A par da utilidade econômica, passou também ser encarado do ponto de vista da cidadania social, como condição jurídica formada por direitos e deveres e baseada no reconhecimento do pertencimento a uma coletividade.⁸⁷

Assim é que o modelo do trabalho assalariado, juridicamente regulado pelo Direito do Trabalho, ao passo que serviu para legitimação da exploração do trabalho e para a exclusão de outras formas não capitalistas de trabalhar, ao mesmo tempo tornou-se, inegavelmente, um dos principais instrumentos de integração social nas sociedades capitalistas, tanto na Europa quanto na América Latina.⁸⁸ Ainda que, diferentemente da Europa, o Brasil não tenha completado o processo de generalização total do assalariamento, o que foi agravado pelas reiteradas investidas contra esse modelo de proteção em diversos períodos históricos⁸⁹, concorda-se com Márcio Pochmann ao dizer que “o emprego assalariado formal representa o que de melhor o capitalismo brasileiro

⁸⁷ CASTEL, **Trabajo y utilidad para el mundo**, p. 675. Veja-se, porém, sobre a insuficiência dessa noção de cidadania, HERRERA FLORES, Joaquín e PRIETO, Rafael, **Hacia la nueva ciudadanía: consecuencias del uso de una metodología relacional en la reflexión sobre la democracia**, in Revista Crítica Jurídica, Curitiba, CESB-FIDH-US-UNAM, n. 17 (ago-2000), p. 301-328. FERRAJOLI, Luigi, **Derechos y garantías: la ley del más débil**, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2001, p. 97-123.

⁸⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução**. São Paulo, LTr, 2006, p. 120-143.

⁸⁹ Ver, a respeito, DELGADO, loc. cit.

tem constituído para a sua classe trabalhadora, pois vem acompanhado de um conjunto de normas de proteção social e trabalhista.”⁹⁰

Essa dualidade implica uma tensão que põe limites à alienação e à exploração, ao mesmo tempo em que cria as condições para preservá-las, permitindo a reprodução do capital. Não obstante, é uma relação em que entra em questão a noção de reconhecimento que abre o espaço para a reivindicação de justiça⁹¹. Uma justiça que se põe em questão já na exigência de reciprocidade, contrapartida material e moral, tanto do empregador, quanto do poder público, ao esforço e dedicação cotidiana no trabalho, como direito ao reconhecimento do valor das subjetividades trabalhadoras, para além da mera justiça comutativa.⁹² Na medida que essa noção de justiça esteja publicamente reconhecida, especialmente a partir de textos legais, por mais que ela seja negada nas práticas cotidianas, ela pode sempre ser vindicada e exigida, mantendo-se em aberto o espaço de conflito. A injustiça pode ser dita, segundo a linguagem reconhecida pelo próprio sistema.

⁹⁰ POCHMANN, Márcio. **O emprego na globalização: a nova divisão internacional do trabalho e os caminhos que o Brasil escolheu**. São Paulo, Boitempo, 2002, p. 98.

⁹¹ Tenha-se em conta que o sentido sociológico de cidadania, marcado pela situação fática da efetivação de direitos não se confunde com o sentido jurídico tradicional de cidadania, que diz respeito à condição de titularidade de direitos positivados. Trata-se, aqui, de explorar os aportes sociológicos para melhor compreender a função da regulação jurídica do trabalho. Oportuna a advertência de FERRAJOLI, ob. cit., p. 98, para quem “la incomunicabilidad entre estudios jurídicos y sociológicos en materia de ‘ciudadanía’ deja a los primeros sin las relevantes aportaciones que los segundos ofrecen para un análisis realista del grado de efectividad de los derechos y de las condiciones económicas, políticas y sociales de su garantía, pero genera en la literatura sociológica inoportunas simplificaciones y confusiones conceptuales que acaban acentuando todavía más la falta de interés en la doctrina jurídica respecto de sus aportaciones.”

⁹² DUARTE, **Cidadania e exclusão: Brasil 1937-1945**, Florianópolis, Ed. UFSC, 1999, p. 189. Essa noção de justiça como reciprocidade e a sua negação estão estampadas no relato colhido por Nair Heloisa BICALHO DE SOUSA: “A senhora sabe que eu nem sei? A gente trabalha com honestidade, pensando, fazendo tudo para ter aquele direito e quando é no fim da história num tem. Então, a gente perde, fica sem o direito... Então, a gente num sabe como adquirir esse direito. A gente pensa de um jeito, num sai, sai de outro.” Antônio, 42 anos, poceiro em uma empresa de construção civil. **Direito, lei e justiça: a construção da cidadania dos trabalhadores**, Revista Sociedade e Estado, Rio de Janeiro, Relume-Dumará, vol XI, n. 2, (jul-dez 1996), p. 381.

Nessa perspectiva, a lei pode ser vista como porta de acesso aos sentidos obliterados da (in)justiça. A lei – e também a lei jurídico-estatal do Estado de direito – estabelece o espaço de compromisso com o Outro. Sem a lei, a injustiça sequer entra em questão. Também Pierre Bourdieu aponta a lei como via de acesso à dizibilidade pública da (in)justiça.

Nada é menos ‘natural’ do que a ‘necessidade da lei’ ou, colocado de maneira diferente, do que a percepção de uma injustiça que leva alguém a apelar aos serviços de um profissional. A conversão de um dano não percebido em um percebido, nomeado e especificamente atribuído pressupõe um trabalho de construção da realidade social [por meio] da redefinição de problemas expressos em linguagem comum como problemas jurídicos, traduzindo-os na linguagem do Direito e propondo uma avaliação prospectiva das chances de sucesso de diferentes estratégias.⁹³

Exemplo disso é a ambígua influência da CLT na formação política e cultural dos trabalhadores, estudada por John French. Esse autor ressalta o papel mobilizador que a CLT desempenhou ao longo do período 1945-1964, ao colocar as reivindicações individuais dos trabalhadores em um terreno público, e respaldá-las, mesmo que aparentemente. Com isso a lei vai abrindo um espaço em que é possível dar continuidade ao processo de luta pelos meios de vida e de subjetivação, mediante a possibilidade um “projeto de vida” trabalhador.⁹⁴

Contudo, conforme já se salientou, a estratégia básica do capitalismo, desde o modelo liberal, e que permanece no modelo do Estado social e nos socialismos reais, consiste em deslegitimar o caráter do trabalho como

⁹³ BOURDIEU, *apud* FRENCH, John. **Afogados em leis: a CLT e a cultura política dos trabalhadores brasileiros**. São Paulo, Fundação Perseu Abramo, 2001, p. 65.

⁹⁴ FRENCH, ob. cit., p. 67 e *passim*.

direito fundamental, como modo de realização da vida digna do homem, enquanto ser criativo e digno. Subsume-o em um mero instrumento de satisfação de necessidades de subsistência, que ao final são mesmo tornadas irrelevantes sempre que não foram necessárias ao processo de produção do valor.

De um lado, esse reconhecimento imperfeito sustenta a manutenção das expectativas normativas dos trabalhadores, ainda que sistematicamente frustradas, permitindo a reprodução do sistema. Por outro lado, porém, ele cria uma tensão no sentido do atendimento daquelas expectativas que alimenta e possibilita espaços de luta no interior do sistema.

Se mantida a exploração e alienação, já não se trata, então, exatamente daquele mesmo trabalho útil porém indigno a que se reportava Sieyès. O trabalho é, a um só tempo, mercadoria alienada e base de reconhecimento social e de direitos, os quais se desenvolveram especialmente na experiência paradigmática da sociedade salarial do estado-providência europeu. Instaura-se uma tensão dialética entre a tendência à maximização da rentabilidade e mercadorização do trabalho e as condições de reprodução do sistema, que mantém o espaço de conflito⁹⁵. O regime assalariado juridicizado não só desrealiza, mas também cria condições – limitadas em níveis variáveis – para a constituição de identidades em torno do trabalho, ao mesmo tempo em que vai se produzindo também sob o influxo desses mesmos esforços organizativos.

No vocabulário do reconhecimento, “visto que possuir direitos individuais significa poder colocar pretensões aceitas, eles dotam o sujeito individual com a possibilidade de uma atividade legítima, com base na qual ele

⁹⁵ CASTEL, *Trabajo y utilidad para el mundo*, p. 676.

pode constatar que goza do respeito de todos os demais.” Já “a tolerância ao subprivilégio jurídico conduz a um sentimento paralisante de vergonha social, do qual só o protesto ativo e a resistência poderiam libertar”.⁹⁶

É inegável a importância que alcançou para a organização coletiva do trabalho, como também para fundar círculos de identidade e solidariedade em torno do trabalho – o bairro, o clube, o bar, o sindicato, o partido –, o reconhecimento público como ator da coletividade, o acesso à interlocução cultural e a bens materiais. Um exemplo quase estereotipado disso é dado pela descrição feita Eric Hobsbawm do proletariado britânico de fins do século XIX até a metade do século XX, identificável

[...] pelo ambiente físico no qual vivia, por um estilo de vida e de lazer, por uma certa consciência de classe cada vez mais expressa numa tendência secular a afiliar-se a sindicatos e a identificar-se com um partido da classe, o Trabalhista. Esta é a classe operária das decisões de campeonato, das lanchonetes de peixe e fritas, dos *palais de danse* e do Trabalhismo com T maiúsculo.⁹⁷

Também em relação aos demais segmentos da “classe-que-vive-do-trabalho”, para usar a expressão de Ricardo Antunes, o trabalho regulado pela lei constituiu um modelo de mediação das múltiplas identidades, criando espaços de reconhecimento e acesso a bens – a cidadania social⁹⁸ –, embora por contraste a um *standard* identificatório rígido, excludente de modos mais diversificados de desenvolvimento das capacidades laborativas, discriminador das diferenças de

⁹⁶ HONNETH, **Luta por reconhecimento**, cit., p. 197-198.

⁹⁷ HOBBSAWM, Eric J. **Mundos do trabalho: novos estudos sobre história operária**. 3ª ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2000, p. 280.

⁹⁸ CORTINA e CONILL, **Cambio em los valores del trabajo**, p. 3-6.

gênero, raça, idade, etc, e dissolvente de outras formas não capitalistas de trabalhar, em especial daquelas em que se insinue a perspectiva de um trabalho realmente autodeterminado.

É claro que esse específico projeto de constituição de subjetividades trabalhadoras levou ao afunilamento das perspectivas da modernidade para o beco sem saída do trabalho assalariado, que, uma vez que separou o tempo de trabalho do tempo de vida, fez do trabalho abstrato, objetivado, alienado, o instrumento de colonização de todos os momentos da vida. Mas ele se projetou a partir da noção de compromisso que foi arrancada pela própria classe trabalhadora nas lutas contra a exploração e a destruição de seus modos de vida que se deram ao longo da modernidade capitalista.

Chega-se, então, ao duplo papel da legislação do trabalho, em seu sentido mais amplo, que inclui direitos fundamentais das pessoas que vivem do trabalho. Trata-se de uma dupla mediação de tensões: de um lado, num pólo instrumental, regular a tensão entre as necessidades do sistema de assegurar juridicamente a compra e venda da força de trabalho como negócio lícito e, ao mesmo tempo, proteger o mercado de trabalho da força destrutiva do sistema de mercado sobre o trabalho; de outro lado, num pólo interacional, mediar a tensão entre a necessidade de manter expectativas normativas de reconhecimento de subjetividades trabalhadoras que promovam o engajamento eficaz dos trabalhadores e a impossibilidade constitutiva do sistema de satisfazê-las plenamente, o que somente é possível admitindo espaços de lutas reivindicatórias potencialmente ampliativas de direitos que não podem ser inteiramente determinados e controlados. No seio desse conflito impulsiona-se dialeticamente a

produção normativa, ainda que não se possa afirmar qual o rumo teleologicamente predeterminado para o qual vá a lei se deslocar.

Assim, nenhum dos aspectos dessa dupla tensão pode ser desprezado, sob pena de uma visão simplificadora (seja otimista, seja pessimista) da legislação do trabalho sob o capitalismo.

No momento atual, em que ainda ecoam as vozes dos arautos da “desregulação” do trabalho, o desmonte dessa função de reconhecimento no espaço da lei está longe de se dar em nome de uma maior “flexibilidade” nas relações. Ao revés, se trata de uma forma muito mais intensa e perversa de regulação, pela manipulação do medo ante a vulnerabilidade generalizada. O trabalho padece da dependência de situações de mínima estabilidade ao passo que o capital usufrui os benefícios da mobilidade global.⁹⁹

É certo, porém, que nem mesmo assim os sujeitos se tornam meramente passivos e deixam de manifestar variadas formas de resistência.

3.5. A subjetivação paradoxal

Se a **classe** trabalhadora, com a mediação da lei, criou essa específica dinâmica de subjetivação pela luta por “incrustar-se” nos nichos da divisão social do trabalho (assim como da divisão sexual) com perspectiva de perenidade, Zygmunt Bauman chama a atenção para a rápida transformação dessa dinâmica nas últimas décadas. Se o capitalismo flexível e em rede vem

⁹⁹ O tema da flexibilização como regulação perversa foi tratado pelo autor em WANDELLI, **Despedida abusiva**, Capítulo I.

alterando profundamente o conteúdo do trabalho e as aptidões exigidas dos trabalhadores, subordinando o valor social do trabalho à escalada de produtividade do capital fixo e do variável, são as possibilidades de projetos de vida baseados no compromisso entre os sujeitos que vêm sendo as maiores afetadas.

Esto es precisamente lo que distingue la “individualización” de antaño de la forma que ha asumido ahora, en nuestra propia época de modernidad “líquida”, cuando no sólo los placements [colocaciones] individuales en la sociedad sino también los places [sitios] a los que los individuos pueden obtener acceso y en los cuales pueden desear establecerse se están fundiendo velozmente a toda velocidad y difícilmente se pueden servir como objetivos para “projetos de vida”.¹⁰⁰

A “desencrustração” não só passa a ser uma iminência constante, como se torna altamente provável que se repita muitas vezes. Mas há cada vez menos nichos vagos para uma “reincrustração”. Curiosamente, a sociedade da “eficiência” é aquela que produz enorme “capacidade humana ociosa” o que denota sua profunda ineficiência do ponto de vista das necessidades humanas. Mas não é esse o ponto, por ora. Não cabe aqui discutir as causas dessa ociosidade nem as perspectivas de retrocedê-la. O que se quer ressaltar, é a condição de precariedade ou vulnerabilidade generalizada que desestabiliza toda a dinâmica de subjetivação, de construção contínua de identidades e relações de reconhecimento, construída ao longo do século XX. E, mais que isso, o que se generaliza é a ausência de compromisso e de perspectiva de novos compromissos mais sólidos. Os modelos de relacionamento da “modernidade

¹⁰⁰ BAUMAN, **La sociedad individualizada**, p. 167.

pesada” são o namoro e o casamento. Na “modernidade líquida” os modelos são “ficar” e “ter casos”. As relações de pertencimento são cada vez mais precárias e os sujeitos cada vez mais vulneráveis.

Na leitura de Bauman, a grande questão hoje, não é mais, então, como encontrar um “nicho” na estrutura classista de divisão social do trabalho para “encrustrar-se”, já que a precariedade dessa condição já não permite mais que a condição de pertencente à classe funcione como modelo de subjetivação a partir de uma “identidade de eleição”. Por isso, o dilema dos sujeitos passa a ser que espécie de nicho buscar, que identidade eleger e “como mantene-se alerta y vigilante para que sea posible hacer otra elección si la identidad anteriormente elegida es retirada del mercado o despojada de su capacidad de seducción.”¹⁰¹ Inventar-se, aí, um novo tipo de prudência: ser prudente não é mais buscar compromissos sólidos e zelar de boa fé pela sua estabilidade, mas sim desvencilhar-se de qualquer compromisso do qual não se possa no futuro desvencilhar-se quanto as coisas estiverem todas diferentes. A liberdade de manobra e a capacidade de adaptabilidade passam a ser os valores supremos. As próprias identidades se esvaziam, pois ter uma identidade parece sempre com estar preso a algo que faz perder outras oportunidades. Como dizem Cortina e Conill o camaleão é a mascote dos novos tempos.¹⁰² A perda da perspectiva de compromisso leva a que seja “una maldición de toda construcción de la identidad el que ‘pierdo mi libertad cuando llego a la meta; no soy yo mismo

¹⁰¹ Ibidem, p. 169.

¹⁰² CORTINA e CONILL, **Cambio en los valores del trabajo**, p. 11.

cuando me convierto en alguien’.”¹⁰³ **Ser livre para escolher significa ser livre para abster-se de qualquer escolha vinculante. Uma estranha liberdade, que é perdida, no exato momento em que se a exerce, optando.**

Nessa perspectiva, esgarçam-se os extremos de um curioso paradoxo: quanto mais o trabalho se torna incapaz de mediar a individuação de modo minimamente estável e duradouro, criando espaços de compromisso e a perspectiva de um projeto de vida, mais os sujeitos procuram, aí, a sua identidade. As palavras de Honneth, no sentido de que o abandono do trabalho pela teoria crítica social não encontra respaldo na vivência social, são consideráveis, ainda mais por se tratar de um discípulo de Habermas, já que para este último não haveria mais potencial emancipatório no mundo do trabalho¹⁰⁴:

As tendências a uma retirada do mundo do trabalho do centro de reflexão crítica naturalmente não correspondem, de modo algum, à opinião vigente na população. Apesar de todos os prognósticos nos quais se falou do fim da sociedade do trabalho, não se verificou uma perda da relevância do trabalho no mundo socialmente vivido: a maioria da população segue derivando primariamente sua identidade do seu papel no processo organizado do trabalho; em verdade, esta proporção possivelmente aumentou consideravelmente depois que o mercado de trabalho abriu-se para as mulheres em uma medida nunca antes vista. (...) A busca por um local de trabalho que não apenas assegure a subsistência, mas também satisfaça individualmente de modo algum desapareceu; ela tão somente deixou de determinar as discussões públicas e as arenas da disputa política; contudo, deduzir deste estranho e encabulado silêncio que as exigências de uma reformulação das relações de trabalho pertençam definitivamente ao passado seria empiricamente falso e quase cínico. Possivelmente a distância entre as

¹⁰³ BAUMAN, ob. cit., p. 170.

¹⁰⁴ HONNETH, Axel. **Trabalho e reconhecimento**, p. 47

expectativas do mundo socialmente vivido e as temáticas da reflexão sócio-teórica nunca tenha sido tão grande quanto hoje. Enquanto aqui o conceito de trabalho social tem pouca importância geral, lá as necessidades, angústias e esperanças dos atingidos têm-no mais fortemente que antes como eixo central.

Trabalhadores desempregados, precários, ambulantes, informais, trabalhadores que assumem a gestão da empresa falida, reivindicam “um lugar en la discusión por parte de aquellos a quienes el modelo había querido hacer ‘desaparecer’ de la escena.”¹⁰⁵

Os discursos desmobilizadores que pregam o abandono do trabalho parecem não encontrar respaldo na conduta concreta das pessoas que habitam o mundo do trabalho. A reivindicação do trabalho como um direito, tanto desde a perspectiva dos que buscam trabalho e não encontram, quanto da perspectiva dos que trabalham à exaustão diante do risco de perdê-lo – como meio de subsistência e como mediador da identidade –, aparece aí como direito de resistência. Ou seja, na reivindicação de direitos, desde logo o direito de ser reconhecido, de fazer visíveis esses invisíveis assim como na reação mobilizadora frente ao desrespeito, não cessa o caráter continuamente individuador do trabalho. Se o espaço mais estável do trabalho assalariado alienado da grande empresa fordista e a perspectiva de futuro pela aquisição contínua de direitos cada vez mais se reduzem, a subjetividade trabalhadora interpela e reinventa espaços que possibilitem manter a condição de sujeitos produtores, na luta pelos meios de vida e por estratégias de identificação.

¹⁰⁵ BATTISTINI, Osvaldo R (comp.) **El trabajo frente al espejo: continuidades y rupturas em los procesos de construcción identitaria de los trabajadores**. Buenos Aires, Prometeo, 2004, p. 32-34.

La subjetividad arrasada adviene en una identidad que muta a partir de movimientos sociales heterogéneos que oscilan entre acciones defensivas y ofensivas pero que sobre todo connotan como origen la privación inédita del empleo y del contexto productivo, y coinciden en la búsqueda de llenar ese espacio vacío con una nueva centralidad del trabajo; emergen colectiva y subjetivamente para ser reinventados.¹⁰⁶

Desta forma, os lugares relegados a partir do desmonte neoliberal surpreendem como lugares redescobertos para a reapropriação do trabalho nas suas múltiplas dimensões de produtor/satisfator de necessidades e de mediador da individuação e do reconhecimento.

Paralelamente a isso, diante do exaurimento do modelo neoliberal – um exaurimento societário evidenciado desde o princípio, mas agora também um esgotamento econômico evidenciado na grande crise de 2008, ressurgindo o clamor por uma “nova estatalidade” – também o trabalho assalariado retoma a sua importância como modelo básico de reconhecimento, numa sociedade que precisa ressuscitar a sua base de consumo.

Assim, tanto reinventam-se os espaços tradicionalmente implicados na dominação dos dispositivos empresariais, quanto se buscam novas formas de trabalhar, como é o caso das experiências autogestionárias e, de modo geral, da economia solidária. Mas também o próprio espaço da exclusão, o daqueles que não encontram trabalho, é rearticulado como espaço de reivindicação que se nega a permanecer na invisibilidade e procura articular a

¹⁰⁶ BIALAKOWSKY, Alberto L., Identidades en el mundo del trabajo: entre la implicación e la interpelación. In BATTISTINI, ob. cit., p. 11.

demanda pelo acesso ao trabalho.¹⁰⁷ Aqui se desenha a extensão do domínio do direito ao trabalho como suporte de reconhecimento jurídico que abre espaço de luta e resistência frente à experiência cotidiana do desrespeito da “classe-que-vive-do-trabalho”. Tanto trabalhadores assalariados quanto trabalhadores não assalariados, quanto trabalhadores descartados, se expressam na reivindicação desse direito e denunciam o seu desrespeito.

De modo aproximado, esses três níveis coincidem com os três níveis do direito ao trabalho que serão tratados adiante. A constatação da nova vitalidade do espaço do trabalho, com o fim da sociedade do “fim do trabalho”, impõe investigar como o direito pode seguir apoiando a mediação dos processos de individuação em torno do trabalho, mediante o reconhecimento de espaços de reapropriação da relação com o trabalho, dentro e fora do assalariamento e para além das relações capitalistas de trabalho.

Sustenta-se que a medida adequada para o presente momento, aí, não pode incluir nem o abandonar à deriva os ocupantes da barca do trabalho assalariado – que ainda é a principal via de integração, mesmo desigual, nas sociedades capitalistas – nem, por outro lado, recusar-se a reconhecer também aos trabalhadores não assalariados direitos fundamentais e patamares juridicamente regulados de proteção diante do mercado. O direito ao trabalho está pendente de acertar as contas com os seus “excluídos” e abrir-se a intermediar a luta por reconhecimento também daqueles que não se encaixam na *mainstream* do assalariamento. A delicadeza e os riscos dessa operação serão retomados no

¹⁰⁷ Ibidem, p. 12. Esses três aspectos correspondem à aglutinação dos diversos trabalhos publicados na obra citada.

capítulo final do trabalho. Por ora, é preciso esclarecer melhor o contexto atual das relações sócio-econômicas que delimitam o marco fático de vigência do direito ao trabalho.

3.6. O marco fático de vigência do direito ao trabalho: pra que lado fica o gol?

Sugerir a reafirmação da produtividade da esfera jurídica não pode significar, porém, que se perca a noção dos limites do possível na singularidade da realidade presente e da sua projeção futura. Como ressalta Dussel, já desde Marx o real “guarda siempre una exterioridad de todo posible conocer, contradiciendo la posición fundamental de Hegel, ya que ‘Hegel cayó en la ilusión de concebir lo real como resultado del pensar’”.¹⁰⁸ A realidade, assim, sempre “sobra” à verdade, é irreduzível e em transformação. Justamente por isso criamos categorias universais com a pretensão de alcançar mais que o conjunto de fatos concretos que somos capazes de conhecer. Não há pensamento humano que não tenha essa dimensão utópica.¹⁰⁹ Conhecemos alguma miséria e alguma justiça, mas quando dizemos miséria ou injustiça ou direito, gostaríamos de nomear toda injustiça e todo o direito. Mas a injustiça e o direito também fervilham cotidianamente em situações singulares não alcançadas pela nossa capacidade para conhecê-los e nominá-los. Os conceitos universais que utilizamos, embora pretendam dizer sempre mais que aquilo que conhecemos, vinculam-se

¹⁰⁸ DUSSEL, **La producción teórica de Marx: un comentario a los Grundrisse**. México, D.F., Siglo XXI, 1985, p. 49

¹⁰⁹ HINKELAMMERT, Franz. **Crítica de la razón utópica**, p. 311-314.

constitutivamente à experiência limitada da parcela do real que serve de marco de vigência de cada teoria.

O grande problema é que, ao absolutizarem-se os fundamentos de uma teoria, esta passa a constituir tautologicamente, desde si mesma, o seu próprio marco de vigência, interrompendo o processo contínuo de contextualização. Esse estancamento da vitalidade de um discurso teórico é tanto mais grave à medida que nossas teorias apoiam e mesmo constroem realidades sociais, assim como as práticas de luta e de transformação dessas realidades. Não é em nome da verdade que se atua, mas em nome da realidade concreta, da vida real em que os sujeitos humanos lutam pela reprodução e desenvolvimento de suas vidas, construindo espaços – inclusive lingüísticos – de encontro e de conflito. Teorias são armas e apostas na luta pela construção de realidades, as quais, mais que objeto, são objetivos da luta teórica e prática. Uma luta na qual os contendores não dispõem de igualdade em armas. E estas armas são tanto mais eficazes quanto melhor estejam fundadas nos elementos dessa mesma realidade presente, ainda que em estado potencial.¹¹⁰ O momento construtivo, subjetivista, que privilegia a perspectiva de visão dos próprios atores no conflito, não deve se descolar de um momento realista ou objetivista, que se vincula aos dados da realidade. Ambos os momentos implicam-se mutuamente.¹¹¹

Quando os atores aferram-se à verdade, numa realidade cambiante e irreduzível, expõem-se ao risco de ver sua verdade esvaziada de

¹¹⁰ Nesse mesmo sentido, Konrad HESSE, em seu clássico opúsculo, perguntava sobre a força normativa da Constituição. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

¹¹¹ Nesse sentido, veja-se a discussão feita por Pierre BOURDIEU sobre ¿Como se hace una clase social? In: **Poder, derecho y clases sociales**. 2ª ed., Bilbao, Desclée de Brouwer, 2001, p. 101-129.

realidade pelo próprio devir das relações conflitivas de luta pela vida digna e acabam pretendendo idealidades infactíveis que já não respondem aos desafios do presente. E essa parece ser precisamente a saga da luta pela construção de direitos humanos e em especial do direito ao trabalho. A negação do trabalho como necessidade humana e a negação do reconhecimento àqueles que vivem do trabalho são continuamente modificadas com as mutações cíclicas do capitalismo.

O direito ao trabalho foi reivindicado pelos libertários franceses de 1848, para o horror de Paul Lafargue. Esteve na base do arranjo keynesiano-fordista do mundo capitalista central em nome do trabalho assalariado, assim como foi “reconhecido” pelo Varguismo brasileiro. Foi criticado por Benjamin, nas primeiras décadas do século XX, que denunciou a pretensão de embarcar na relação salarial como caminho compulsório para o socialismo e, embora formalmente reconhecido, foi progressivamente esvaziado em sua substância pelo constitucionalismo contemporâneo e pelo estado tecnocrático. Em fins do século passado e neste princípio de século, é novamente atacado pelos arautos do “fim do trabalho”, ao mesmo tempo em que é implorado pelas hordas de desempregados e “inexploráveis” que aumentam a cada nova crise, sempre reavivando sua chantagem sádica: *“quem não trabalha não come, mas não há trabalho para todos”*. Neste ano de 2009 deveremos atingir 1.000.000.000 (um bilhão!) de famintos no mundo, segundo dados da FAO, por consequência do aumento do desemprego e da redução de renda.

Conceber e lutar por um projeto de vida digna dentro de marcos de factibilidade exige considerar as condições estratégicas que se modificam historicamente, no contexto ainda invariante de “antagonismo entre o capital social

total e a totalidade do trabalho”.¹¹² A reconstrução do direito ao trabalho tem aí o seu limite e sua condição de possibilidade. A questão central que dimensiona toda a questão da relação entre o direito e os processos do capital está em que o desmonte do marco compromissório do direito ao trabalho (assalariado) como espaço de reconhecimento não vem ocorrendo prioritariamente pela via da supressão dos textos legislativos que reconhecem direitos, produto das lutas dos séculos XIX e XX. Ainda que sejam constantes as vozes que pregam a necessidade de reforma da Constituição – e a Constituição brasileira passa por um violento processo de desconstrução – mesmo sem essa supressão aqueles direitos são profundamente despotencializados e neutralizados em seu potencial emancipatório. Trata-se da utilização de dispositivos e estratégias de poder muito mais amplos que aqueles que giram em torno da lei, embora essa siga sendo importante nesse processo. Fragilização do movimento sindical, cooptação ou repressão desarticuladoras de movimentos sociais reivindicatórios, recusa sistemática de estabelecimento de marcos de compromisso, imposição de uma ordem internacional baseada na violência militar e nos dispositivos mais sutis – porém não menos causadores de mortes e tragédias – da renovada dependência comercial e financeira, deslocamento dos dispositivos de poder para esferas fora do alcance do circuito jurídico-político da democracia dos estados nacionais e do direito internacional.¹¹³

O que mudou especificamente, na “barca da história” ? Esta que parecia, nos marcos das sociedades salariais, que serviam de modelo

¹¹² MÉZARÓS, *A crise estrutural do capital*, ob. cit., p. 70.

¹¹³ HERRERA FLORES, *Los derechos humanos como productos culturales*, p. 171.

aproximativo para os países periféricos, levar, com certos solavancos, mas sempre rumo ao mar da emancipação social, a relação entre capital e trabalho ? A mudança mais evidente das últimas décadas esteve em que, no capitalismo globalizado sob a hegemonia neoliberal, a acumulação financeira se sobrepôs à acumulação produtiva. Essa constatação elementar no período recente por si já impõe reconceber-se a noção de direito ao trabalho pertinente à sociedade salarial, enquanto estratégia de emancipação. Comentando o direito constitucional ao trabalho na Constituição espanhola, Baylos Grau ressalta que:

El trabajo del que habla el art. 35 CE es en consecuencia el trabajo asalariado, a su vez elemento definitorio de una sociedad y de toda una civilización, lo que a su vez significa asignar un papel preponderante a las formaciones sociales que representan la subjetividade del trabajo. El reconocimiento del derecho social que lleva a cabo dicho artículo implica el enunciado de una ciudadanía cualificada por el trabajo que es desigual económica, social y culturalmente a través de su inserción en el circuito de la producción de bienes para el mercado a cambio de una remuneración, pero que tendencialmente ha de dirigirse hacia la progresiva nivelación de esa situación materialmente desigual (...).¹¹⁴

Essa expectativa de integração progressiva e nivelação das desigualdades pela sociedade salarial, se em algum momento chegou a ser mais que uma ilusão útil, já perdeu seu marco fático de vigência. O pacto societário em torno do qual se desenvolveu foi já há algumas décadas denunciado pelo capital.¹¹⁵ Repensar o direito ao trabalho desde uma perspectiva emancipatória e

¹¹⁴ BAYLOS GRAU, António. **El derecho al trabajo como derecho constitucional**, in, Revista Anamatra-Forense, 2004, n., p. 24.

¹¹⁵ Pode-se falar aí de um estelionato histórico, pois o pacto fáustico keynesiano, que foi peça essencial para a incorporação da subjetividade das massas trabalhadoras aos modos e tempos de trabalhar tipicamente capitalistas. A denúncia desse pacto, pelo capital, quebrando-se a perspectiva de aquisição progressiva de

não meramente funcional depende de atualizar o marco fático de vigência do trabalho como direito nesta quadra histórica. Mas não se trata, por certo, de retomar os arranjos keynesiano-fordistas que embalaram os anos de ouro do segundo pós-guerra do século XX. Seria muita ingenuidade atuar assim. De fato, o momento é, em parte, de substituição do discurso neoliberal da “era dos fins” por apelos incontidos a gigantescos aportes do Estado para salvar o capital. Contudo, nada indica que os números trilhonários dessas transferências de recursos signifiquem uma retomada da perspectiva dos pactos societários próprios do último ciclo de acumulação produtiva do século XX. Por detrás de mais uma crise cíclica do capitalismo, vislumbra-se o imenso vulto do aprofundamento de sua crise estrutural.¹¹⁶ Aí está o trêmulo chão debaixo dos nossos pés.

Não há mais sentido em limitar-se a reivindicar a realização de um mundo prometido ao trabalho assalariado mediante a aquisição progressiva de direitos, que somente teve nexos efetivos com a realidade em um determinado momento de expansão da acumulação produtiva do capital – um projeto apenas parcialmente levado a cabo no caso brasileiro. **É preciso perceber essa mudança de contexto, sem que isso signifique, pelo menos num horizonte histórico próximo, o abandono do modelo jurídico de proteção do emprego.** Mas essa erosão da realidade sob os pés dos atores do direito do trabalho construídos – realidade, atores e direitos – ao longo do século XX, interpela as

direitos pelo trabalho, não se fez acompanhar da reposição do *statu quo ante*, pois já levado a termo o processo de construção dos corpos para pensar e agir no trabalho de modo funcional à produção capitalista.

¹¹⁶ MÉZARÓS, *Crise estrutural do capital*, cit.

teorias que se degladiam por atingir a meta adversária, por vezes, sem perceber que o estádio inteiro já está em outra posição.¹¹⁷

O que segue são apenas algumas indicações fundamentais para dimensionar-se o marco fático de vigência do direito ao trabalho no mundo contemporâneo.

Assume-se, aqui, que o trabalho segue sendo central na sociedade e o trabalho assalariado continua representando significativa parcela dessa realidade, ainda que convivendo com formas não assalariadas de trabalho.¹¹⁸ Com efeito, boa parte do que se tem por fazer passa por re-significar o conteúdo das práticas no interior das relações de emprego de modo que o exercício do trabalho seja compreendido não só como o cumprimento de uma obrigação, por parte do trabalhador, de sujeitar-se ao uso da força de trabalho, uma mercadoria sobre a qual somente o empregador, que a adquire contratualmente, tem direito. Ou seja, é preciso pensar e praticar a noção de que o direito de propriedade e o contrato não excluem, juridicamente falando, o direito do trabalhador sobre o conteúdo do próprio trabalho, ainda quando do ato de entrega da força de trabalho vendida pelo trabalhador. Não só o empregador tem um

¹¹⁷ Em 1971, István Mészáros já advertia que “Aqueles que pregaram a ‘integração’ da classe trabalhadora – pintando o ‘capitalismo organizado’ como um sistema que obteve sucesso na dominação radical de suas contradições sociais – identificaram irremediavelmente mal o sucesso manipulador das taxas diferenciais de exploração (que prevaleceram na fase histórica, relativamente ‘livre de distúrbios’, da reconstrução e expansão do pós-guerra), como um remédio estrutural básico”. A necessidade do controle social, in MÉSZARÓS, **A crise estrutural do capital**, ob. cit., p. 71.

¹¹⁸ Sobre a centralidade do trabalho no contexto contemporâneo, ver LESSA, Sérgio. **Mundo dos homens: trabalho e ser social**. São Paulo, Boitempo, 2002. ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**. 2ª ed., São Paulo, Boitempo, 2000. MÉSZARÓS, István. **Para além do capital**. São Paulo, Boitempo, 2002. ROJAS, Mauricio. **Mitos del milênio: el fin del trabajo y los nuevos profetas del Apocalipsis**. Buenos Aires, Cadaf, 2004. ALONSO, Luis Enrique. **Trabajo y posmodernidad: el empleo débil**. Madrid, Fundamentos, 2000. Não obstante as conhecidas críticas de André Gorz, estas já aparecem algo matizadas em GORZ, André. **Misérias do presente**, riqueza do possível. São Paulo, Annablume, 2004.

direito sobre a força de trabalho do trabalhador. Este, ao trabalhar tem um direito fundamental sobre a sua atividade.

É preciso reconhecer juridicamente e recuperar dogmaticamente a tensão que aí se estabelece. Uma tensão constitucionalmente reconhecida entre os direitos fundamentais ao desenvolvimento da corporalidade e de vida digna, ainda que sob a marca alienante do assalariamento, de um lado, e a estrutura jurídica da compra e venda da força de trabalho, de outro. Entre esses dois pólos há conflito e tensão, mas daí não decorre que se a dissolva em prol da absolutização do direito de propriedade do empregador sobre a força de trabalho contratualmente adquirida. Grande parte – talvez a principal – do esforço que aqui se faz destina-se a tornar mais cheia de sentido jurídico a afirmação do trabalho como direito especialmente no contexto das relações de emprego para as quais foi desenhado o direito do trabalho brasileiro. Este ponto de vista, portanto, é diametralmente oposto àquele que propugna pelo abandono da proteção ao assalariamento.

Entretanto, esse esforço não pode mais contar, na presente quadra histórica, com a garantia do desenvolvimento contínuo dos direitos a partir do enfrentamento na relação salarial no espaço dos estados nacionais, que foi a estratégia central da luta dos trabalhadores no século XX. Montada no mito moderno do progresso, a dialética capital/trabalho assalariado tem sido a motora do desenvolvimento do capital¹¹⁹, mas também levou a significativa extensão dos

¹¹⁹ NEGRI, Antonio et alii, ob. cit., p. 65. Contra o mito do progresso técnico, como sulco no qual fluiria a correnteza da corrente histórica que levaria a classe operária, pelo trabalho fabril, à construção heróica da sociedade socialista, ilusão conformista que teria tomado a social-democracia alemã e o marxismo vulgar, bradou Walter Benjamin em sua obra testamentária, “Sobre o conceito de história”. Diz ele na tese XI: “Esse

direitos sociais com a parcial acomodação dos objetivos obreiros nas diversas experiências de estado de bem-estar, no centro, e desenvolvimentismo, na periferia, levadas a cabo sob a ameaça do comunismo.

Essa que, durante boa parte do século XX, foi a dinâmica natural da luta por direitos, porém, foi continuamente desmantelada a partir do último ciclo capitalista de expansão financeira.¹²⁰ Para Giovanni Arrighi, a crise do mundo do trabalho, atualmente percebida tanto no centro quanto na semiperiferia do capitalismo, não decorre dos crescentes deslocamentos das atividades produtivas pelo mundo.¹²¹ O que se testemunha, no primeiro plano de visão, é um processo cíclico que tem se repetido há seiscentos anos, em que se alternam “uma fase de expansão material – no curso da qual uma massa crescente de capital monetário é capitalizada para o comércio e para a produção – e uma fase de expansão financeira, no curso da qual uma massa crescente de capital é revertida para sua formação monetária e ruma para empréstimos e especulação.”¹²² O movimento do capital precipitador da atualmente denominada crise do trabalho não foi a sua migração pelo mundo como capital produtivo, por mais que seja visível essa

conceito marxista vulgar do que é o trabalho não se detém muito na questão de como os trabalhadores tiram proveito do seu produto enquanto dele não podem dispor. Esse conceito só quer se aperceber dos progressos da dominação da natureza, mas não dos retrocessos da sociedade. Ele já mostra os traços tecnocráticos que serão encontrados, mais tarde, no fascismo.” In. LÖWY, Michael. **Walter Benjamin: aviso de incêndio. Uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”**. São Paulo, Boitempo Editorial, 2005, p. 100.

¹²⁰ ARRIGHI, Giovanni. **O largo século XX**. São Paulo, UnESP, 1996. Idem, **A ilusão do desenvolvimento**. 3ª ed., Petrópolis, Vozes, 1997.

¹²¹ Contrariamente à opinião difundida de que a mobilidade do capital em busca de salários mais baixos é o fator determinante de uma “corrida para o abismo” no mundo do trabalho, Berverly SILVER destaca que, segundo dados da UNCTAD a maior parte dos fluxos de investimento estrangeiro, direto (75%, em 1999) seguem sendo destinados a países do Norte, de salários elevados. Só os investimentos nos EUA superam o total conjunto investido na América Latina, Ásia, África, Europa Central e oriental. SILVER, Bervely J. **Fuerzas de trabajo: los movimientos obreros y la globalización desde 1870**. Madrid, Akal, 2005, p. 19.

¹²² ARRIGHI, **A ilusão do desenvolvimento**, p. 355.

mobilidade territorial, mas sim a sua fuga para os mercados financeiros extraterritoriais.¹²³

Durante os ciclos de acumulação produtiva, a mais valia e o lucro estão conectados ao aumento da riqueza decorrente do trabalho produtivo. Nesses ciclos, a expansão da produção tende a fortalecer a capacidade de resistência e reivindicação dos trabalhadores, que se opõem à prolongação, intensificação e degradação do trabalho, bem como ao desemprego e baixos salários. O capital e os Estados, para manter o processo de acumulação, precisam adotar medidas de integração social operária, relativizando o caráter de mercadoria da força de trabalho.

É neste ponto que se situa o modelo da sociedade salarial. Um modelo que significou, ao mesmo tempo, de um lado, indubitável ganho para os trabalhadores, em termos de sua integração no espaço estatal da cidadania, a partir do trabalho assalariado como plataforma de direitos e de patamares remuneratórios que estimulavam o compromisso dos trabalhadores com a continuidade da produção e, de outro o aprofundamento da subsunção da subjetividade trabalhadora, na sujeição aos modos e ritmos capitalistas de produção. Alonso sintetiza os termos do pacto que fundamentou a sociedade salarial:

Pacto implícito y asimétrico que suponía que el trabajo aceptaba la lógica del beneficio privado y la preeminencia del mercado como

¹²³ Idem, ibidem, p. 369. Apenas um dado exemplificativo: o volume diário das transações do mercado financeiro correspondia, em 1973, a aproximadamente 15 bilhões de dólares. Após a virada do milênio, esse número atinge valores próximos a 2 trilhões de dólares, dos quais 95% correspondem a operações especulativas. TABLADA, Carlos e DIERCKXSENS, Win. **Guerra global, resistencia mundial y alternativas**. 2ª ed., Panamá, Ruth Casa Editorial, 2004, p. 39.

instrumento central de crecimiento, siempre que el capital reconociese la necesidad de internalizar mediante bienes públicos – derechos sociales y económicos – las externalidades del crecimiento económico en procesos de arbitraje, negociación y pacto social realizados de manera corporatista – por organizaciones de representación de intereses – dentro del propio Estado”.¹²⁴

No entanto, as concessões destinadas ao tratamento da crise de legitimidade do capital, mantendo o trabalho sob controle e aprofundando sua integração, tendem a aprofundar a crise de rentabilidade, gerando uma nova tendência de mercantilização – quer dizer, depuração como mera mercadoria – da força de trabalho.¹²⁵ Essa tensão contínua entre crise de legitimidade e crise de rentabilidade no âmbito produtivo se esgarça rumo à fuga do capital da produção, em busca de maior rentabilidade e menor dependência do trabalho. A par disso, cada vez mais entram em cena os limites naturais do crescimento econômico baseado no consumo de bens supérfluos com durabilidade cada vez mais reduzida. Hoje, parece totalmente fora de questão que não há como a imensa maioria da população mundial chegar perto dos níveis de consumo dos norte-americanos, sob pena de colapso do equilíbrio planetário necessário às contingências da espécie humana.

Já durante os ciclos de acumulação financeira, grandes massas de capital são retiradas da produção e deslocam-se para a esfera financeira, diminuindo o capital disponível para compra de trabalho, o que leva à expulsão de grandes contingentes populacionais do acesso ao mercado de trabalho como meio de subsistência e intensifica profundamente o aguilhão da fome e da miséria

¹²⁴ ALONSO, L. E. **Trabajo y posmodernidad: el empleo débil**, Madrid, Fundamentos, 2000, p. 74.

¹²⁵ SILVER, **Fuerzas de trabajo**, p. 33-34.

como força de precarização das relações de trabalho. A apropriação não se funda mais no aumento do bolo, mas na sua redistribuição, concentrando ainda mais, nas mãos de uns poucos, um bolo econômico produzido pelo trabalho do passado.¹²⁶ Exemplo dessa redistribuição perversa são as políticas de combate a crises dos anos 1980 e 1990, baseadas na contenção de demanda, mediante a redução de salários e do emprego, e aumento do excedente de exportação disponível para o pagamento de juros da dívida. Nesse modelo, a solução proposta para crise passa por redução de direitos, redução de renda e exclusão de cidadania.

Ocorre que também não há como manter indefinidamente esse processo de transferência concentradora de renda, que agora tendencialmente se estagna ou diminui enquanto não houver novo ciclo de geração de riqueza. A intensificação da concentração redistributiva, assim, encontra logo seu limite e a busca de rentabilidade precisa retornar ao âmbito produtivo.¹²⁷

É preciso, porém, distinguir, com Mézarós, o nível mais superficial da crise, em que aparecem as oscilações cíclicas entre expansão e retração, do nível mais profundo, que vai se desenhando em termos de uma crise contínua, que se aproxima de limites estruturais do capital, ainda que não tenhamos chegado a um ponto sem retorno, rumo ao colapso do capitalismo.¹²⁸ Nesta nova fase, as oscilações cíclicas cada vez menos conseguem alternar-se em termos de

¹²⁶ DIERCKXSENS, Win. **El ocaso del capitalismo y la utopia reencontrada: una perspectiva desde América Latina**. Bogotá, DEI/Ed. Desde Abajo, 2003, p. 10-14. TABLADA e DIERCKXSENS, **Guerra global, resistencia mundial y alternativas**, p. 45-48.

¹²⁷ Idem, *ibidem*.

¹²⁸ MÉZARÓS, **A crise estrutural do capital**, cit, p. 41.

expansão e crise, presenciando-se “a eclosão de precipitações cada vez mais freqüentes e contínuas”¹²⁹.

Não se pretende, aqui, desvendar o sentido e as múltiplas implicações da crise atual do capitalismo mundial. As políticas que, agora, são propostas em termos internacionais, oscilam com sinais aparentemente incongruentes. Ora se veem medidas que, inversamente àquelas das décadas anteriores, vão no sentido da atuação do Estado visando fortalecimento dos mercados internos, o fomento à produção e ao emprego, ora se vê o eterno ressuscitar do discurso que pede mais sacrifício dos direitos no altar da regulação perversa.¹³⁰ O que até agora aparece como tônica invariante são os números astronômicos da socialização dos prejuízos experimentados pelos até há pouco lucrativos jogadores do cassino financeiro.

Nada assegura, porém, a previsão de que os ciclos do capitalismo, perceptíveis no longo prazo, continuarão ou não se alternando e de quais as suas características. Muito menos que estamos diante de um novo ciclo de expansão produtiva que se sucederá à crise do ciclo financeiro. Quer se trate de mais uma crise cíclica, nos termos de Arrighi, quer se trate de uma nova fase, de crise estrutural, como sustenta Mézarós, o olhar para o passado demonstra

¹²⁹ ANTUNES, Ricardo, Introdução, in MÉZARÓS, **A crise estrutural do capital**, p. 12.

¹³⁰ POCHMANN, Márcio. **Mudança de Paradigma**. In Jornal Folha de São Paulo, 30.01.2009. Surpreendentemente, ainda encontram lugar para discrepar inteiramente da realidade atual os monótonos defensores das mesmas políticas de redução ou supressão de direitos trabalhistas para enfrentar a crise econômica. Não se dão conta sequer de que, além desse ser um receituário que nunca demonstrou alguma eficácia contra os males que diz combater, ele não tem qualquer pertinência com o momento atual, no qual o que se intenta é assegurar o nível de atividade econômica, a demanda, a renda do trabalho, o emprego. Considera-se que aqueles que ainda insistem nessas medidas, embora tão fora de contexto, são como os anedóticos vendedores de elixires milagreiros, que pouco se interessam pela doença do paciente, contanto que possam propagandear o seu único produto. Oportuno, nesse sentido o manifesto “Em Defesa do Direito Social”, escrito em 22.01.2009 por Jorge Luiz Souto Maior e subscrito por mais de duas centenas de profissionais do direito. <http://www.correiocidadania.com.br/content/view/2862/9/>, acesso em 30.01.2009.

que as características de cada ciclo de expansão não foram imunes à reação dos trabalhadores. Ao revés, foi o crescimento da força reivindicativa da classe operária, que ameaçava a preservação do sistema capitalista, que levou a um certo compartilhamento, com o trabalho, dos benefícios do último ciclo de acumulação material.¹³¹ E cada transição entre os ciclos tem características distintas, em relação às anteriores, que diferenciam as condições da luta por direitos. Portanto, ressalta Arrighi ao apostar na recriação das condições do conflito entre trabalho e capital, isso

“(…) não significa que o movimento operário mundial não tenha futuro. Significa que, para se tornar efetivo no século XXI, o movimento operário mundial terá estratégias e estruturas tão diferentes das do século XX quantos estas diferiram das do século XIX. O capitalismo mundial evolui continuamente da mesma forma que as condições sob as quais a classe trabalhadora do mundo faz sua própria história.”¹³²

Nisso coincidem ambos os autores. Pois para Mézarós,

A novidade histórica dessa nova situação se manifesta na redefinição qualitativa das condições de sucesso mesmo dos mais limitados objetivos socioeconômicos. Pois, no passado, não somente era possível obter do capital ganhos parciais significativos, por meio das instituições defensivas existentes – tanto que, de fato, hoje as classes operárias dos países capitalistas dominantes têm incomparavelmente mais a perder do que seus grilhões -, mas tais ganhos, na verdade, eram uma constituinte necessária e positiva da dinâmica interna da auto-expansão do capital (o

¹³¹ Coincidindo com Arrighi, Bervely SILVER, **Fuerzas de trabajo**, p. 25-26 e 164-180, demonstra como os movimentos operários no século XX, em diversas partes do mundo e de modo não homogêneo, foram capazes de se aproveitar da escalada de rivalidade interimperialista e de sua situação estratégica para a maquinaria de guerra, como forma de ampliação do reconhecimento de direitos aos trabalhadores. Contudo, é preciso ter-se em conta que esse pacto fáustico teve por preço uma exclusão ainda maior das formas não proletárias de trabalho, com o conseqüente aumento da percepção de inexorabilidade da compra e venda da força de trabalho.

¹³² ARRIGHI, **A ilusão do desenvolvimento**, p. 352.

que significa, é claro, que o capital nunca teve de pagar um único níquel por esses ganhos). Em agudo contraste, sob as novas condições históricas da crise estrutural do capital, até a pura manutenção do padrão de vida conquistado, para não mencionar a aquisição de ganhos adicionais significativos, requer uma grande mudança na estratégia, de acordo com a atualidade histórica da ofensiva socialista.¹³³

Já superado o momento de euforia dos discursos do “fim de tudo”¹³⁴ – fim dos empregos, fim da história, fim dos grandes relatos, fim da política e fim do próprio trabalho – que em suma somente intentaram difundir uma ideia de debilitação política dos sujeitos¹³⁵, fomentando o abandono das estratégias de ação autônoma, em vez de calibrá-las diante da singularidade do presente, o que fica após o fim da era dos fins é a relatividade das mudanças históricas. A história não é como as coleções das grifes da moda: a cada ano todo o guarda-roupas deve ser jogado fora e substituído por outro. A transição exige também permanências. É mais como a embarcação em alto-mar que precisa ser reforçada, modificada, ampliada, mas não pode ser, para isso, desmontada.

É esse processo de transição que situam as condições para fincarem-se os marcos reconstitutivos de uma reapropriação do direito ao trabalho no interior da crise da sociedade capitalista. São marcos que delimitam objetivos modestos, mas profícuos para o direito ao trabalho. Um contexto ainda de

¹³³ MÉZARÓS, *A crise estrutural do capital*, cit., p. 79-80.

¹³⁴ ALONSO, ob. cit., p. 234.

¹³⁵ Curiosamente, quando da recente nacionalização de bancos e da maior seguradora estadunidense pelo governo Bush, marco do esgotamento do modelo neoliberal, uma conhecida jornalista de economia brasileira foi à televisão, em 10.10.2008, anunciar que isso significava o “fim do capitalismo”. À toda evidência, somente exibiu o desconhecimento quanto à lógica do jogo que se dedica a noticiar. http://video.globo.com/Videos/Player/Noticias/0_GIM894931-7823-MIRIAM+LEITAO+FALA+SOBRE+A+CRISE+FINANCEIRA+E+AS+PERDAS+MILIONARIAS.00.htm
Como bem lembra Aldacy Coutinho, “todas as vezes em que crises se instalaram no capitalismo, o Estado intervém para salvar o sistema econômico. E nunca a auto-regulação ou a regulação externa de um mercado comandado por uma ‘ordem natural’ agiu para evitá-lo ou para apresentar a solução para saída da crise”. COUTINHO, Aldacy Rachid. *Somos todos socialistas, agora: registros de um devaneio*. Inédito.

contornos incertos, mas que aponta para uma amplitude do direito ao trabalho que, sem abandonar a realidade do assalariamento existente, direciona a luta por direitos para uma dimensão do trabalho muito mais ampla e diversificada que aquela da sociedade salarial. Incorpora-se o assalariamento em um contexto mais complexo – e talvez mais arriscado – de relações, nas quais se trata de – em todas elas – assegurar os espaços de luta pela realização das necessidades e reconhecimento daqueles que vivem do trabalho, sejam assalariados ou não.

Na esfera muito restrita da dogmática jurídica – limitada pelos contingenciamentos da esfera do direito do Estado – a tarefa que se impõe é a de recriar a capacidade da lei abrir espaços de reapropriação do trabalho subsumido pelo capital, embora jamais subsumido integralmente. O direito ao trabalho, nessa perspectiva, ainda que não signifique mais o mote do aprofundamento contínuo da relação salarial, que seria a via compulsiva da emancipação dos trabalhadores, pode ser agora um elemento central para a criação daqueles espaços, tanto no interior das relações de trabalho assalariado, quanto nas novas e crescentes formas de subsunção do trabalho material e imaterial. Bem assim, numa esfera mais ampla de reivindicação, mantém sua força globalmente interpeladora ante o processo de negação produzido pelo processo do capital: a necessidade radical do trabalho que reivindica o direito de relacionar trabalho e vida para além da específica forma capitalista.

No capítulo que segue pretende-se tratar das condições epistêmicas para o desenvolvimento jurídico-dogmático da categoria direito ao trabalho neste limitado contexto, a partir da reconstrução de sua fundamentação

feita até aqui. No último capítulo, enfim, procuram-se desenhar os caminhos desse desenvolvimento em termos propriamente jurídico-dogmáticos.

Capítulo 4. CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS. A MEDIAÇÃO JURÍDICO- DOGMÁTICA DO DIREITO AO TRABALHO: ELEMENTOS PARA UMA DOGMÁTICA JURÍDICA CRÍTICA

**Eles sabem muito bem o
que fazem... E ainda assim
fazem...**

Slavoj Zizek

4.1. A densificação contextualizada do trabalho como direito

A categoria pré-jurídica “trabalho vivo”, aqui tomada na interpretação dusseliana, como critério crítico frente ao capital, é demasiado densa – no sentido de uma categoria mais geral que precisa ser desdobrada em muitas mediações, propiciando a “passagem” do critério aos princípios – para ser operacional ao labor cotidiano de solução de conflitos jurídicos singulares relativos ao trabalho. Mesmo categorias mais gerais, como necessidades ou reconhecimento, consistem em determinações abstratas a serem desenvolvidas rumo a dimensões mais concretas. A própria categoria direito fundamental ao trabalho, tal como positivada na maior parte dos ordenamentos constitucionais contemporâneos, muitas vezes atua apenas na fundamentação ou na reinterpretação de outras categorias jurídicas, ainda que em muitos outros casos possa ser invocada diretamente. É necessário desenvolvê-las até os níveis mais

concretos – e mais complexos, portanto – das relações jurídicas,¹ não se dispensando a mediação de outras categorias mais específicas.

O desafio está em que as categorias do discurso do direito do trabalho perderam, atualmente, o contato com uma perspectiva mais integral do trabalho humano. Abstraiu-se o trabalho de sua relação com a reprodução e o desenvolvimento da vida dos sujeitos naturais. No discurso do direito do trabalho o trabalho, ainda que regulado e em alguma medida protegido, tornou-se apenas uma obrigação contratual da qual deve o trabalhador se desincumbir. Perdeu-se substancialmente a percepção de que o ato de trabalho, a par de cumprimento de uma obrigação, é também o exercício de um direito fundamental. Daí que ele perdeu grande parte do potencial que teria no último ciclo de ascensão positiva da organização dos trabalhadores, sendo amesquinhado o seu sentido e, agora, após os efeitos nefastos da expansão financeira neoliberal, quando a compra da força de trabalho é reduzida e precarizada, tornou-se um direito pouco conectado à singularidade da realidade presente. Por isso, mais que denunciar os seus limites, cumpre reconstruí-lo propositivamente.

O desenvolvimento das categorias jurídicas não se viabiliza de modo exclusivamente autorreferente e necessita apoiar-se em outros discursos que se relacionam com a realidade de modo não necessariamente mediado pelo direito. Um discurso jurídico autofundado pode ser tão inútil ou conservador quanto um outro que, negando a especificidade do espaço social do direito e

¹ As categorias são abstrações simplificadoras da realidade. Partindo das representações caóticas da realidade fixam-se as determinações abstratas, que são mais claras e mais simples, podendo chegar a conceitos como trabalho, divisão do trabalho, necessidade. Então, cabe fazer movimento de “volta” aos níveis mais concretos que são sempre sínteses de múltiplas determinações e, portanto, mais complexos. Cf. DUSSEL, **La produccción teórica de Marx**, p. 48-63. O tema será retomado adiante.

qualquer possibilidade de um discurso jurídico transformador, menospreza-o como mero reflexo ideológico de uma infra-estrutura que predeterminaria inteiramente o resultado do jogo jurídico.

Só há sentido em falar de reconhecimento de direitos humanos e fundamentais se estes valerem no âmbito das relações ecológico-econômicas, onde se dá a produção e circulação de bens necessários à realização das necessidades básicas dos sujeitos concretos. Isso certamente implica indispensáveis e profundas transformações econômicas. Numa realidade em que a economia deixou de ser a esfera do “sustento do homem” para se tornar apenas o campo limitado da alocação de recursos escassos para o fim único de maximização contínua da rentabilidade, os direitos referentes ao reconhecimento das necessidades da corporalidade dos sujeitos constituem exigências no sentido de resgatar as dimensões de uma economia para a vida.²

² A identificação do duplo significado da economia, um substantivo, relativo à obtenção dos meios materiais de vida e outro formal, relativo à escassez, como alocação eletiva de meios insuficientes, foi feita em 1871 por outro economista austro-húngaro, Carl Menger, fundador da escola austríaca de economia e da análise marginalista baseada na utilidade subjetiva. Para esse autor, “el interés concreto de la economía era la alocación de medios insuficientes para la subsistencia del hombre”. O próprio Menger, posteriormente, reformulou sua definição, para ressaltar que nem sempre essas duas vertentes, ambas primárias e elementares, estão juntas, no que foi ignorado por seus seguidores. POLANYI, **El sustento del hombre**, p. 93-96. GUERRERO, Diego. **Historia del pensamiento económico heterodoxo**. Madrid, Trotta, 1997, p. 266. Os dois significados de economia, amalgamados na definição de Menger, têm uma origem inteiramente diferente. O primeiro, substantivo, nasce da dependência do homem de uma interação institucionalizada com seus semelhantes e com a natureza, para obter os meios materiais para satisfação de suas necessidades. O segundo, formal, é um conceito universal que se refere à maximização da rentabilidade de meios escassos – “economizar”, aí, no sentido popular de tirar o máximo de cada recurso – independentemente de qualquer contexto concreto do interesse humano. Esse segundo conceito de economia, tomado como único significado da disciplina, somente tem algum sentido nos âmbitos em que prevaleça exclusivamente o sistema de mercado. Para a acepção formal, a racionalidade da ação é determinada pela relação dos meios para os fins e a racionalidade da ação econômica, especificamente, é aquela que precisa partir do suposto de que sempre os meios são escassos para o fim de maximização contínua da rentabilidade. Nesta acepção, o sujeito da ação racional meio-fim e a sua reprodução enquanto vivente desaparecem. Uma economia para a vida, como sustentam HINKELAMMERT e MORA, ob. cit., implica, pois, a reintegração, na racionalidade econômica, do circuito natural de reprodução do sujeito da ação racional.

Essa é a mesma distinção e integração necessária entre esferas que se encontra nos âmbitos disciplinares. O direito não dispõe de um ponto arquimediano em relação à economia. É a própria ciência econômica que nos permite dizer as falhas da falácia de naturalização do mercado nas teorias que pretendem subordinar o direito a critérios de eficiência econômica.³ Mas o primeiro passo para um discurso jurídico transdisciplinar conseqüente, no atual contexto, é afastar a sobredeterminação do direito por premissas econômicas não questionadas e sorrateiramente difundidas no discurso de muitos juristas.⁴ Esse afastamento é a condição de possibilidade de uma certa e limitada autonomia conquistada pelo direito com o constitucionalismo e que por sua vez é a condição de possibilidade para que o direito possa veicular as exigências da vida. Quando se reduz o “econômico” exclusivamente à racionalidade estratégico-instrumental, que busca a alocação de recursos escassos, sua consideração como instância primeira, base de toda as outras, faz desaparecer os sujeitos dessas relações, para os quais o “econômico” é o âmbito da produção e alocação de bens para o sustento humano.⁵ Com isso, neutraliza-se o potencial crítico dos direitos humanos em apresentar as exigências dos sujeitos frente às instituições econômicas. É a fala dos sujeitos, por meio dos direitos humanos, que propicia a crítica das instituições econômicas e jurídicas, com vistas a uma reconstrução da dogmática jurídica.

³ Para uma crítica do discurso da Law and economics, ver ROSA, Alexandre Moraes da e LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2009.

⁴ Essa questão foi desenvolvida pelo autor em WANDELLI, Leonardo Vieira. Flexibilização (mais, ainda ?), legislação do trabalho e a inversão ideológica dos direitos humanos, MACHADO, Sidnei e GUNTHER, Luís Eduardo. (org.). **Reforma trabalhista e sindical – O direito do trabalho em perspectivas**. São Paulo, LTr, 2005.

⁵ Vide a nota supra e o quanto explicitado no capítulo 2 sobre a prioridade da racionalidade reprodutiva sobre a racionalidade estratégico-instrumental.

É nesse sentido que se interpreta a relação enunciada por Hinkelammert e Mora:

Lo económico es última instancia, y la primera instancia son los derechos humanos y su defensa desde y por medio del Estado de derecho, aunque sin respetar lo económico como última instancia esto no es posible. Si se considera, en cambio, lo económico como primera instancia, los derechos humanos son subvertidos y finalmente abolidos, independientemente de cuál sociedad se trate (no solo la sociedad del capital). En el fondo, se trata de un proyecto de liberación: liberarse del sometimiento ilimitado a la economía. La dominación sobre la economía en vez del sometimiento ciego a los criterios económicos. Se trata también, del desarrollo entendido como libertad: la libertad humana de someter las instituciones a sus condiciones de reproducción de la vida.⁶

É por isso que o pensar jurídico sobre o trabalho, embora não possa ignorar a dimensão do trabalho como recurso econômico, deve ter como base a sua compreensão em termos de dimensão essencial da existência humana. Tempo de trabalho é, antes de tudo, tempo de vida, repisa-se.

As instituições e o saber perdem o sentido quando deixam de ser mediações para a vida. Por isso, o que se pretende não é identificar, com intencionalidade descritiva, uma essência descontextualizada do direito ao trabalho, para o fim de instalá-la na passividade de uma vitrina dos saberes, medidos pelo valor de troca no mercado acadêmico. A compreensão que aqui se procura desenvolver pretende-se imersa e comprometida com uma práxis jurídica libertadora. É um compreender-transformando, desde dentro da práxis jurídica, estando consciente dos limites da jurisdição como via de garantia dos direitos e

⁶ HINKELAMERT, Franz e MORA JIMÉNEZ, Henry. **Hacia uma economía para la vida**, p. 419.

dos contextos que determinam essas limitações, mas cuidando de desenvolver as suas potencialidades emancipadoras.

4.2. A mediação jurídico-dogmática do direito ao trabalho como condição necessária e insuficiente para sua efetividade

4.2.1. A força normativa do direito ao trabalho

Normas jurídicas e instituições estão, obviamente, a serviço das necessidades da vida e não da contemplação da beleza ou da sistematicidade de suas construções. Esta é uma obviedade que infelizmente precisa ser dita em nossos tempos. São as exigências da vida concreta dos sujeitos humanos em comunidade que fundam a necessidade de institucionalização que dá sentido à normatividade. Assim, normas têm sua razão de ser dimensionada pela sua capacidade – sempre imperfeita – de mediar a realização de necessidades das pessoas em sociedade. Essa mediação se dá por meio dos direitos que expressam expectativas legítimas de bens da vida, materiais e imateriais, veiculadas em linguagem de dever ser – obrigação, proibição, permissão. Direitos, portanto, são mediações para o acesso a bens que, ao final, devem propiciar a realização de necessidades.

Porém, o que se quer dizer com **força normativa** das normas jurídico-estatais abrange dois aspectos: um, que se refere a esse estado de coisas de um certo grau de **efetividade social** do conteúdo das normas; outro, que diz respeito ao que o jusfilósofo alemão Friedrich Müller denomina **concretização**, ou

seja, a construção social – pelos atores sociais em geral, dentre os quais os profissionais do direito – do sentido das normas a ser considerado judicial e extrajudicialmente.⁷

A participação da “gente comum”, alheia ao campo jurídico, não se restringe às lutas sociais, no calor das ruas, pela efetividade social dos direitos. Também o processo conflitivo de concretização jurídica, no sentido acima explicitado, é uma atividade que, embora esteja no centro da atividade dos “homens do direito” que habitam os gabinetes e escritórios, excede em muito esse grupo. Como ressaltado por Peter Häberle, a construção social dos sentidos das normas a serem consideradas pelos atores sociais e pelos órgãos especializados, se dá tanto pelos sujeitos das relações sociais em geral, quanto pelos profissionais do direito, os intérpretes da constituição dotados de competência pelo Estado, tais como funcionários, juízes e legisladores, como também pelos participantes dos processos judiciais e pelos “cientistas” do direito.⁸ Participam desse conflito, como intérpretes em sentido lato, todos aqueles que vivenciam as normas jurídicas, integrando o leque de “forças produtivas de interpretação”.⁹ A permanente distorção da vivência constitucional nesse círculo maior, em razão, por exemplo, da sobredeterminação imposta a todos os momentos da vida cotidiana por um determinado modelo econômico, constitui uma pré-compreensão

⁷ MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. Paris, PUF, 1996, p. 186 e ss.

⁸ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, especialmente p. 12-28. Observe-se que, para Enrique DUSSEL, dada a permanente desigualdade estrutural nos processos de participação, a “sociedade aberta” de Karl Popper é justamente a “sociedade fechada”, a totalização do sistema, que se fecha à crítica de suas vítimas não intencionais. Não é necessário, porém, aderir ao projeto popperiano para se afirmar, “descritivamente”, a interação hermenêutica entre os círculos de intérpretes em sentido lato e estrito, a despeito da função seletiva exercida por estes.

⁹ HÄBERLE, ob.cit., p. 14.

também distorcida, que vai afetar o círculo restrito dos intérpretes profissionais. Estes, como os doutrinadores do direito, também são intérpretes “comuns”, com suas vivências e conflitos éticos. Mas têm a responsabilidade seletiva das expectativas no círculo maior e, no caso dos juízes, da última palavra na interpretação *in concreto*.

Pois bem, tomando-se esses três conceitos – força normativa, que se divide em efetividade social e concretização –, o que se vem afirmando neste trabalho, no que respeita à força normativa do direito ao trabalho, é que suas potencialidades de realização (primeiro sentido) estão obliteradas, entre outras coisas, pela insuficiência e pelo desvio de sentido em que se encontra o seu processo de concretização (segundo sentido). Não que tudo dependa da virtuosidade das categorias jurídicas, independentemente da luta social, longe disso. Mas essa luta também se expressa no próprio debate jurídico e as conquistas neste campo são uma condição necessária, mesmo que não suficiente, para se almejar a realização de sua força normativa.

Essa interconexão, ademais, nos mostra a relação que há entre a inadequada fundamentação de direitos humanos e fundamentais e sua efetividade. Como salienta Müller, a normatividade não é uma propriedade dos textos normativos válidos, publicados nos diários oficiais após um processo legislativo adequado, mas sim um processo complexo no qual a norma não é igual ao texto, mas é o resultado de um processo estruturado de sua concretização.¹⁰ A demonstração disso no cotidiano forense é reiterada: o habitual é que um mesmo texto válido suscite vários sentidos normativos possíveis e inclusive não

¹⁰ MÜLLER, ob cit., p. 186 e ss.

raramente, como lembra Ronald Dworkin, “questões consideradas fáceis durante um certo período tornam-se difíceis, antes de se tornarem novamente fáceis – com as respostas opostas”.¹¹ Somente textos legais desenvolvidos em normas de direito, ou seja, concretizados, são capazes de normatividade, entendida como capacidade das normas jurídicas de ordenar a realidade que lhe é subjacente ao mesmo tempo em que é condicionada por essa realidade.¹² Nesse sentido, a força normativa também depende dessa capacidade das normas jurídicas, ao se reportarem a textos normativos válidos, de justificarem uma decisão concreta da autoridade¹³, o que depende desse prévio “acordar” dos textos normativos.

Para que seja possível transformar textos em normas, são relevantes não apenas os aspectos ligados aos diversos textos normativos e aos antecedentes de suas respectivas concretizações, bem como os valores que expressam os conflitos sociais, mas também, com a mesma importância, os dados da realidade a que se referem as normas. Sem esse recurso, nenhum texto normativo se efetiva. Direito e realidade não são duas grandezas independentes e opostas. O comando normativo e o objeto comandado são ambos dois momentos inter-relacionados da norma.¹⁴

No caso da locução “direito ao trabalho” o elemento central não é uma categoria desde logo produzida pelo direito e o desenvolvimento do seu sentido é o resultado de um amplo processo social, do qual participam também as

¹¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 424.

¹² MÜLLER, ob. cit., p. 186-187.

¹³ Ibidem, p. 189.

¹⁴ Ibidem, p. 190-193.

autoridades estatais e profissionais do direito que, ao mesmo tempo, são atores sociais e destinatários das normas.

Por isso, uma dogmática jurídica não tem como limitar-se a uma reprodução tautológica da produção normativa estatal, o que seria, antes de indesejável, impossível. A autoproclamada redução da dogmática jurídica a um discurso autorreferente, em que o Estado detém o total controle da produção das normas, não corresponde à realidade do labor cotidiano dos juristas em geral. Uma coisa é levar a sério a contingência de cada sistema jurídico – e inclusive jurídico estatal – e seu sistema democrático de seleção de textos normativos a serem necessariamente considerados no processo de construção normativa. Outra coisa, bastante distinta, é afirmar, ingênua ou cinicamente, que a operacionalidade jurídica se resume a interpretar textos normativos – o que somente serve para impedir que as verdadeiras razões das decisões aflorem ao controle, pelo debate democrático.

Assim, embora não se vá utilizar especificamente a metodologia concretizadora de Müller¹⁵, a categoria concretização apresenta-se como ferramenta útil para explicitar o objetivo que direciona o presente estudo, com vistas a desenvolver a força normativa do direito ao trabalho como mediação necessária à realização de necessidades dos sujeitos que vivem do trabalho.

¹⁵ Adeodato traz uma síntese da metódica de Muller: “os textos normativos genéricos, relacionados com os relatos genéricos leigo e profissional sobre os dados reais, constituídos a partir dos dados lingüísticos primários, conduzem à escolha do âmbito da matéria, o qual é especificado na direção do âmbito do caso. O âmbito do caso é orientado pelos padrões do programa da norma e, juntos, constituem o âmbito da norma. O Programa da norma e o âmbito da norma vão por sua vez formar a norma jurídica, a qual se concretizará na norma decisória” ADEODATO, **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo, Saraiva, 2002, p. 249.

4.2.2. Contra a baixa autoestima: as falácias jurisdicista, economicista e politicista

Não se quer com isso dizer que não sejam necessárias profundas transformações nas relações econômicas para que o direito ao trabalho deixe de ser constantemente negado. O mesmo vale para direitos humanos e fundamentais em geral. Ao revés, tem-se que não é legítimo pretender reduzir as medidas necessárias à implementação de direitos essenciais exclusivamente à edição de normas e à elaboração de técnicas jurídicas de garantias justiciáveis, notadamente diante da insuficiência atual dos sistemas jurídicos nacionais e internacional para fazer frente aos processos neocolonialistas da globalização neoliberal.¹⁶

Digamo-lo claramente. O contexto mundial que dimensiona a realidade brasileira ainda se ressentir dos efeitos da onda que levou a uma desenvoltura jamais vista daquilo que Karl Polanyi denominou de “moinho satânico”: a sujeição de todos os aspectos da sociabilidade – notadamente o trabalho, a natureza e a moeda – à racionalidade do mercado autorregulado e incapaz de impor limites a si mesmo.¹⁷ Os próprios Estados, que outrora

¹⁶ Veja-se, a respeito, SÁNCHEZ RUBIO, David e SLÓRZANO ALFARO, Norman, Introdução, In SÁNCHEZ RUBIO, SLÓRZANO ALFARO e LUCENA CID (ed). **Nuevos colonialismos del capital: propiedad intelectual, biodiversidad y derechos de los pueblos**. Barcelona, Icaria, 2004, p 41-52. Bobbio, por exemplo, vaticinou, em 1967, que “só será possível falar legitimamente de tutela internacional dos direitos do homem quando uma jurisdição internacional conseguir impor-se e superpor-se às jurisdições nacionais, e quando se realizar a passagem da garantia dentro do estado (...) para a garantia *contra* o Estado.” BOBBIO, **A era dos direitos**, p. 40-41. Hoje, essa necessidade segue inadimplida. Contudo, a grande questão já não é mais essa. Trata-se de engendrar uma instância internacional capaz impor-se e superpor-se não mais aos Estados, mas às grandes corporações transnacionais, muitas vezes a favor dos Estados, em nome das populações e do acesso destas ao aparato estatal, no contexto de relações interestatais totalmente assimétricas.

¹⁷ POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens de nossa época**. 8ª ed., Rio de Janeiro, Campus, 2000, p. 51, 89-98 e *passim*.

regulavam os mercados em suas fronteiras, são agora incorporados pelo Mercado global.¹⁸ Uma tal besta, que devora as suas próprias fontes de riqueza – o trabalho e a natureza –, havendo sido produzida pela conduta fragmentária das pessoas na busca do autointeresse, procura impor seu próprio sistema normativo por sobre a cabeça dos atores que a produziram. Uma força compulsiva que foge à disponibilidade dos mesmos que a criam cotidianamente. Embora as “leis de mercado” sejam primariamente um produto da conduta fragmentária das pessoas, como efeitos negativos não desejados por estas, o que faz o sistema hegemônico é impedir que esses efeitos negativos não desejados que se apresentam como “leis” sejam, agora, mediados, controlados e tratados pela sociedade, pois toda intervenção humana reduziria a eficiência da única ordem possível, a ordem espontânea da “mão invisível”. Nessa ordem, os únicos direitos verdadeiramente fundamentais, acima mesmo da vida humana, que em seu nome pode ser sacrificada, são a propriedade e a proteção aos contratos.¹⁹ Os efeitos negativos desse sistema sobre a vida das pessoas concretas somente podem ser tratados, pelo direito, a partir de seus sintomas, mas as causas das negatividades não podem enfrentadas, sob pena de perda de eficiência. Numa tal perspectiva, que hoje pretende se impor como único modelo factível para a sociabilidade humana – e o fundamentalismo intolerante, ideologicamente justificado pela luta antiterrorista, é a principal característica do pensamento neoliberal –, o direito ao

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. Nos limites do Estado. In **Folha de São Paulo**, Caderno Mais!, 18.07.1999, p. 5.

¹⁹ Nas palavras de Friedrich von Hayek: “Una sociedad libre requiere de ciertas reglas morales que en última instancia se reducen a la manutención de vidas, no a la manutención de todas las vidas, porque podría ser necesario sacrificar vidas individuales para preservar un número mayor de otras vidas. Por lo tanto las únicas reglas morales son las que llevan al “cálculo de vidas”: la propiedad y el contrato.” In *El Mercurio*, 19.04.1981, apud HINKELAMMERT e MORA, **Cordinación social del trabajo, mercado y reproducción de la vida humana**, p. 222.

trabalho e os demais direitos sociais, nada mais são que “distorções” das leis do mercado, e devem ser tendencialmente eliminados. Como é um sistema que só vê a própria eficiência, desconsidera e deteriora progressivamente as condições para a vida, não obstante estas também sejam condições de existência do mesmo sistema.²⁰

Operando o capital com alto grau de integração mundial, a deficiência dos sistemas jurídico-políticos nacionais e internacionais limita extremamente as possibilidades do controle democrático dos efeitos negativos dessas leis compulsivas. Tal quadro se acentua no direito do trabalho, em que a oposição entre a desterritorialização do capital, que opera e circula livremente em escala global, e a territorialidade da regulação jurídica do trabalho – além das restrições naturais e políticas à mobilidade da mão de obra – limitam significativamente o seu potencial de atuação.

Diante disso, em que consiste a realidade contemporânea, seria um embuste mistificador prometer graus significativos de efetividade na satisfação do direito ao trabalho apenas pela via do desenvolvimento de categorias jurídicas que otimizem a sua proteção no âmbito restrito das soluções de conflitos canalizáveis pelas vias judiciais. Isso é o que se poderia denominar uma **falácia jurisdicista**.

Mas esse argumento, que tem a sua verdade, deve ser tomado com cuidado. Pois o fato de o direito, em especial o direito estatal nacional e interestatal, não ser suficiente, não quer dizer que ele não seja necessário. Reconhecer o atual estado de coisas não pode significar dar curso a um tipo de

²⁰ Sobre as condições de existência do mercado, idem, *ibidem*, *passim*.

realismo cínico que hoje vem se proliferando: do fato que as estruturas de poder que afetam as relações de trabalho e vilipendiam os direitos sociais transbordam dos limites da linha de fogo dos mecanismos jurídico-estatais, deduz-se indevidamente que somente resta aos integrantes do campo jurídico resignarem-se e sujeitarem-se – com zeloso empenho – aos ditames dessa específica estratégia de reprodução do capital.

Ora, tampouco se deve considerar legítimo homologar definitivamente a sobredeterminação do direito pela racionalidade econômica vigente e renunciar ao desenvolvimento das categorias jurídicas. Nesse erro já caíram muitos movimentos sociais revolucionários, desde o século XIX, que negligenciaram as mediações jurídico-institucionais das transformações político-econômicas. Seu desenvolvimento não é meramente tributário de relações econômicas inexoráveis mas, ao revés, é delas constitutivo de modo interdependente. Como expressam Hinkelammert e Mora,

“[...] no hay garantía de derechos humanos sin una profunda transformación económica, pero se trata de una transformación económica que es condición de posibilidad de esta garantía de los derechos humanos, la cual no es políticamente posible si no es por su introducción en el Estado de derecho.”²¹

Os marcos institucionais e especialmente jurídicos, além de necessários, têm a sua própria força relativa. A prova da importância desse âmbito está justamente no empenho que se tem dispensado para tentar transmutar o direito ao trabalho, que certamente exige políticas públicas e medidas

²¹ HINKELAMMERT, Franz e MORA JIMÉNEZ, Henry. **Hacia una economía para la vida**. San José, Costa Rica, DEI, 2005, p. 419.

institucionais que o favoreçam, em outras figuras jurídicas mais rarefeitas, como o “direito a trabalhar” – que nada mais é que o direito a competir no mercado de trabalho –, ou mesmo uma mera “liberdade de trabalhar”, conversão esta que facilitaria a omissão do Estado, relegando ao indivíduo a responsabilidade por sua realização.²² A mesma relevância do jurídico nos exhibe o gigantesco esforço por tentar constitucionalizar a blindagem desse específico modelo econômico, como no atual projeto de uma “Constituição Europeia”.²³

No *front* cotidiano da dogmática jurídica também se disputaram e continuar-se-ão a disputar batalhas centrais para a vida das pessoas que vivem do trabalho, como foram, por exemplo, aquelas que levaram ao reconhecimento do direito ao trabalho como fundamento para a vedação de despedidas imotivadas em países como Espanha²⁴ e Itália²⁵, da mesma forma que aquela que levou ao inteiro esvaziamento da estabilidade decenal no Brasil, com a implantação do regime do FGTS. Sem o empenho zeloso de doutrinadores e tribunais, essa alteração legislativa não teria tido a mesma penetração avassaladora na construção de uma cultura trabalhista que naturalizou o simples descarte da

²² HERRERA FLORES. Joaquín. **Los derechos humanos: una visión crítica**. Mimeo. Inédito.

²³ PEDROL, Xabier e PISARELLO, Gerardo. **La ilusión constitucional**. Barcelona, Viejo Topo, 2004.

²⁴ MARTÍN VALVERDE, Antonio. Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la constitución española. In VVAA, **Derecho del trabajo y de la seguridad social en la Constitución**. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980, p. 202. BAYLOS GRAU, Antonio. Por una (re)politización de la figura del despido. In **Revista de Derecho Social**, n. 12 (out-dez 2000), Albacete, Bomarzo, p. 12-14. Idem. El derecho al trabajo como derecho constitucional, p. 35-39.

²⁵ ROMAGNOLI, Umberto. Del derecho del trabajo al derecho para el trabajo. In **Revista de Derecho Social**, n. 2 (1998), Albacete, Bomarzo, p. 15. FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. 2ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2001, p. 109-110. A tendência inicial, porém, a partir da promulgação da Constituição italiana de 1948, foi de esvaziar o direito ao trabalho, seja como norma programática nos termos da teoria de Crisafulli, entendida como norma com potencial normativo reduzido, seja, menos ainda, nos termos da teoria de Calamandrei, como mero reenvio ao legislador, desprovido de eficácia. Distinta, porém, já era a posição de Mortati, que, embora não identificasse um direito subjetivo ao trabalho, desenvolve inúmeras formas de eficácia do direito ao trabalho vinculantes do legislador, da administração e dos juízes. MAESTRO BUELGA, Gonzalo. **La constitución del trabajo en el estado social**. Granada, Comares, 2002, p. 51-72.

pessoa que trabalha.²⁶ Talvez isso também explique o esvaziamento de sentido dos dispositivos da Constituição brasileira de 1988 quanto à proteção em face da despedida e, depois, da Convenção 158 da OIT, quando de sua meteórica vigência.²⁷ São lutas que estão longe de serem decididas no momento da edição de um texto legislativo.

Nenhuma compreensão minimamente realista dos desafios para os direitos humanos no mundo contemporâneo poderia, hoje, desconsiderar a importância das lutas dos movimentos sociais reivindicatórios que enraízam culturalmente determinadas expectativas de bens. Tais movimentos são essenciais para interromper os processos estruturais de banalização da injustiça, pelos quais a violência é invisibilizada e negada inclusive por aqueles que a sofrem,²⁸ assim como contribuem para a construção do sentido social das normas. Contudo, mesmo nesses contextos, o reconhecimento formal de direitos cumpre, por vezes, a função de uma condição necessária para o início de um processo de autoconscientização reivindicatória, tanto na luta pelo reconhecimento, quanto na luta frente ao desrespeito. Quando o empobrecimento, a exclusão e a inefetividade dos direitos fazem parte do cotidiano, como é da realidade latinoamericana, por vezes grupos sociais padecem de tão baixa autoestima que

²⁶ Sobre a história jurisprudencial da implantação do FGTS, ver TEIXEIRA, Sérgio Torres. **Proteção à relação de emprego**. São Paulo, LTr, 1998.

²⁷ WANDELLI, **Despedida abusiva**, ob. cit., p. 87-125 e passim.

²⁸ Sobre o conceito de banalização da injustiça, ver DEJOURS, Christophe. **A banalização da injustiça social**. 3ª ed., Rio de Janeiro, FGV, 2000. WANDELLI, ob. cit., p. 87-125. Para uma proposta de fundamentação sociohistórica dos direitos humanos, ressaltando que a efetividade dos direitos depende de sua densidade cultural obtida nas lutas dos movimentos sociais, ver GALLARDO MARTÍNEZ, Hélio. **Política y transformación social: discusión sobre derechos humanos**. Quito, Tierra Nueva, 2000. A necessidade das considerações deste parágrafo, bem como diversas outras considerações relevantes incorporadas ao texto, decorreu do atencioso diálogo propiciado pelo filósofo chileno, radicado na Costa Rica, Hélio Gallardo, assim como de suas aulas no Curso de Doutorado em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Universidade Pablo de Olavide de Sevilla, em 2005.

sequer se lhes apresenta a alternativa de “lutar pelos seus direitos”, ainda quando positivados. É claro que o descumprimento generalizado das declarações de direitos e o “mau reconhecimento” estrutural contribuem para isso. Mas também, nessas condições, medidas jurídicas de reconhecimento de direitos, ainda que restritas à decisão de um caso concreto em que “se levem os direitos da lei ao pé da letra”, podem significar a alavanca indispensável para principiar um processo de tomada de consciência, resgate de autoestima e efetivação de direitos, ainda que, por si, não sejam suficientes para uma transformação.²⁹

A falácia jurisdicista, tão comum na visão jurídica do mundo, compartilhada pelos juristas, não deve ser substituída por correspondentes **falácias politicista ou economicista**, que negam produtividade própria ao âmbito jurídico anulando-o ou dissolvendo-o ante essas outras instâncias com as quais se inter-relaciona.

O reconhecimento jurídico dos direitos, assim, embora possa contribuir para o encobrimento ideológico das estruturas de poder, assegurar o engajamento necessário à sua reprodução ou gerar a desconfiança e abandono dos direitos, face a sua inefetividade, sempre abre um espaço que cria o “risco” de que venha a ser reivindicada a normatividade de afirmações de direitos sob “falsa consciência”.³⁰ Sua realização depende, de um lado, de estruturas e dispositivos de poder que muitas vezes estão fora do alcance das instituições de imposição judicial no plano nacional e internacional ou que sobredeterminam a atuação dessas instituições. Por isso, o espaço jurídico-institucional dos direitos é

²⁹ A respeito ver, sob distintas perspectivas, MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo ?** São Paulo, Max Limonad, 1998. DEJOURS, Christophe. **A banalização da injustiça social**.

³⁰ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo, Acadêmica, 1994.

insuficiente. Mas, por outro lado, essa mesma institucionalização influencia as lutas políticas, mobiliza a luta frente ao desrespeito e também torna menos vulneráveis, ainda que não inteiramente a salvo, as conquistas obtidas. Por isso, o direito é necessário. E para que o direito desempenhe esse papel, a concretização do sentido das normas a ser considerado na cotidianidade das relações sociais consiste em condição indispensável.

O esforço que aqui se assume, **desde o lugar de agente atuante nos conflitos jurídicos laborais centrados no direito estatal brasileiro**, dedica-se, então, a uma parcela do mister necessário a por-se em marcha o direito ao trabalho.³¹ Procura-se potencializar a capacidade do discurso jurídico em traduzir as necessidades dos sujeitos que vivem a realidade das relações de trabalho e os bens que satisfazem essas necessidades. O fato de ser esta apenas uma parte do desafio e da tarefa a realizar em nada faz desse intento algo desprezível.

³¹ O quanto se disse parece suficiente para justificar que não se pode considerar exclusivamente o espaço regulatório do direito estatal na percepção das relações políticas e jurídicas, ainda que ele seja central. Boaventura de Sousa SANTOS, por exemplo, identifica na sociedade capitalista seis espaços estruturais (doméstico, da produção, do mercado, da comunidade, da cidadania estatal e mundial). A cada um destes corresponde uma forma de poder, de direito e de saber que se articulam entre si, mas guardam especificidades. A sociedade capitalista se caracteriza por produzir uma ocultação ideológica do caráter político de todas as formas de poder, com exceção daquela pertinente ao espaço da cidadania estatal (a dominação); uma ocultação do caráter jurídico de todas as formas de direito, com exceção também daquela do espaço da cidadania estatal (o direito territorial estatal); e a ocultação do caráter epistemológico de todas as formas de conhecimento, com exceção daquela do espaço mundial (a ciência), intimamente relacionada com aquela do espaço da produção (a tecnologia produtiva). SANTOS, **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo, Cortez, 2000, p. 261-327. No presente estudo, porém, em razão de seu objeto, a discussão está centrada nos espaços da cidadania estatal, da produção e do mercado, embora contextualizados em relação aos demais espaços. Mais precisamente, investiga-se como a centralidade do direito estatal pode servir à recuperação da cidadania no espaço da produção e no espaço do mercado, a partir do desvelamento do reconhecimento jurídico do direito ao trabalho, o que, de toda forma, interessa às concepções de trabalho que se desenvolvem nos demais espaços, doméstico, da comunidade e mundial.

4.2.3. Direitos, bens e necessidades: o tensionamento jurídico da realidade

Não há sentido na afirmação de um direito a algo que não pode ser diferente. A afirmação de um direito implica uma proposição normativa que estabelece uma tensão em relação à realidade: ninguém tem direito às batidas do coração ou ao fluxo de sinapses cerebrais, que representam um estado de coisas intrascendível.³² Direitos dizem respeito àquilo que é devido, mas que factualmente pode ser diferente, não adimplido. Aí se estabelece um espaço em que o direito tensiona a realidade que o contraria. Toda norma é passível de descumprimento, em seu papel que é de mediar a obtenção de bens necessários à satisfação de necessidades humanas, atualmente sonogados.

“Ter um direito” não significa que se tem efetivo acesso aos bens para os quais os direitos servem de mediação. Os direitos por si não satisfazem diretamente nenhuma necessidade, não são fins em si mesmos e só ganham sentido enquanto mediações para alcançar ou garantir a manutenção de bens concretos. Estes bens concretos – materiais ou imateriais, objetos, atividades e relações – por sua vez, não são a finalidade última, tendo seu valor relacionado à capacidade de realizarem necessidades dos sujeitos. Assim como uma bela gravura não realiza a necessidade cultural de um cego, por exemplo, as pessoas têm diferentes capacidades de transformar os mesmos bens em realização de

³² Tais fatos, como a própria vida, não são “direitos que se tem”, mas, em vez, são constitutivos do próprio sujeito que “tem direitos”, desde sua própria condição de sujeito corporal vivente. Hoje se pode falar de um direito ao ar ou ao planeta, mas isto porque já se vislumbra a potencialidade de sua destruição.

suas necessidades. É esta efetiva realização – e não propriamente os bens – que pode servir de critério normativo,³³ conforme se explicitou no capítulo 2.

Bens são produzidos no âmbito dos processos de divisão social do trabalho cujo desenvolvimento implica a atualização e criação de novas necessidades, que por sua vez engendram novos processos de trabalho. É nos processos de luta pela produção e fruição de bens que estes são valorados e hierarquizados culturalmente segundo as diversas formas de vida, produzindo sistemas de valores que são institucionalizados pelo sistema jurídico.³⁴ O direito é ineliminável à medida que haja algum grau de conflito pela distribuição de bens satisfatores de necessidades. Mas, por isso, não basta “ter direitos e mais direitos”, enquanto estes não viabilizam o real acesso aos bens capazes de satisfazer e realizar necessidades. Essa possibilidade de acesso está dimensionada pela estrutura desigual da divisão social do trabalho.³⁵ Para que os direitos atinjam a sua finalidade específica, é preciso que sejam capazes de afetar as práticas sociais de discriminação no acesso à fruição e às condições de produção de bens, o que implica sempre contextualizar os direitos em relação a

³³ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo, Cia. das Letras, 2000, p. 90-96 e *passim*.

³⁴ “Los derechos humanos más que derechos ‘propriadamente ditos’, son procesos; es decir, el resultado, siempre provisional, de las luchas que los seres humanos ponen en práctica para poder acceder a los bienes necesarios para la vida. Por tanto, nosotros no comenzamos por “los derechos”, sino por los “bienes” exigibles para vivir: expresión, confesión religiosa, educación, vivienda, trabajo, medio ambiente, patrimonio histórico-artístico...” HERRERA FLORES, Joaquín. **Los derechos humanos: una visión crítica** (grifos no original). Ver, ainda, HERRERA FLORES, **Los derechos humanos como productos culturales**, p. 92-97. Essa diferenciação entre direitos e bens revê a posição anterior desse autor em HERRERA FLORES, **Los derechos humanos desde la escuela de Budapest**, p. 104, que identificava direitos e bens. Não se pode negar, porém, que direitos também sejam bens, na medida que cumprem uma função assecuratória, como satisfatores da necessidade de segurança. Mas é uma função secundária em relação à função central de mediação para outros bens.

³⁵ HELLER, Agnes. **Teoría de las necesidades en Marx**. Barcelona, Península, 1978, p. 23: “El desarrollo de la división del trabajo y de la productividad crea, junto con la riqueza material, también la riqueza y la multiplicidad de las necesidades; pero las necesidades se reparten siempre en virtud de la división del trabajo: el lugar ocupado en el seno de la división del trabajo determina la estructura de la necesidad o al menos sus límites. Esta contradicción alcanza su culminación en el capitalismo, donde llega a convertirse en la máxima antinomia del sistema.”

essas dinâmicas e em relação à posição que cada sujeito ocupa nelas. Nesse sentido, os direitos, como mediações para bens satisfatores de necessidades, devem atuar como referências críticas às práticas de dominação efetivamente existentes na sociedade. Não fosse para transferir poder, as práticas sociais bastariam por si, sendo desnecessários os direitos.

Por outro lado, a integral satisfação de todas as necessidades humanas é um horizonte utópico e, por definição, impossível. É aí que se pode melhor compreender a tensão a que se refere Luigi Ferrajoli: quando falamos de direitos positivados, sua “existência” não se confunde com a existência de um sistema de garantias que propiciam o efetivo acesso aos bens que lhe dizem respeito nem com o seu efetivo cumprimento. Por isso, do fato da exemplar inefetividade do direito ao trabalho não se possa deduzir que não “existe” um direito ao trabalho.³⁶ Um direito reconhecido segue tensionando a realidade, criando um espaço legitimado de reivindicação de bens pelos sujeitos. Permite que seja dita a injustiça de sua não efetividade. Ao mesmo tempo, obriga juridicamente as autoridades a suprirem as deficiências de seu sistema de garantias, a imporem o seu cumprimento e a coibir sua violação, com vistas a propiciar o efetivo acesso aos bens.

Essa tese de Ferrajoli contra Kelsen – este último reduziu o direito subjetivo à existência de um correspondente sujeito passivo de um dever de sanção –, sendo logicamente válida, é também útil, sob duas condições. Primeiro, enquanto se tenha claro que um sistema jurídico é um sistema de mediação para

³⁶ Nesse sentido, FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid, Trotta, 2001, p. 26 e 45-52.

o acesso a bens capazes de satisfazer necessidades concretas da vida em comunidade. Mantém-se, assim, a relação da ordem jurídica com a corporalidade dos sujeitos débeis. Esse sentido não é externo ao direito, mas é a sua própria essência enquanto normatividade materialmente determinada.

No caso do direito ao trabalho, não se trata apenas de um direito a que haja direitos legalmente protegidos no âmbito de um contrato de trabalho, nem apenas o direito a um posto de trabalho mas, já em seu aspecto mais superficial, como se verá adiante, um direito ao conteúdo da própria atividade de trabalho agregada ao processo de trabalho, que deve constituir-se em algo capaz de realizar a necessidade humana primordial de exercitar sua atividade humana específica de humanizar a natureza e a si mesmo. É o bem da vida “trabalho”, desde o caráter necessitado de todo sujeito humano, a ser especificado em cada contexto, que funda o “direito ao trabalho” como sua mediação, a partir da constatação de uma estrutura de desigual possibilidade de acesso a esse bem, que é sofrida pelas vítimas dessa estrutura de desigualdade. Sua satisfação integral é impossível, no sentido de alcançar-se condições perfeitas de trabalho para todos e sempre, mas funciona como horizonte utópico que mobiliza e inspira.

Segundo, é preciso ter sempre claro que, para alcançar e garantir os bens a que se referem os direitos, o desenvolvimento de garantias jurídicas é urgente e necessário, mas não suficiente. Desde logo, pela insuficiência dos atuais sistemas jurídico-políticos nacionais e internacionais diante das forças político-econômicas que produzem obstáculos e violações aos direitos. Assim, a compreensão dos direitos deve estar sempre contextualizada em relação aos

diferentes dispositivos de poder que criam desigualdade no acesso à fruição e à produção de bens.

Quando se parte de “direitos” como fins em si mesmos, a noção de (des)igualdade considera apenas a ordem jurídica, independentemente de seus resultados. Quando se considera que “direitos” têm como razão de existir a mediação de bens satisfatores de necessidades e criadores de capacidades, percebe-se que a (des)igualdade jurídica é medida pelas assimetrias de poder, como estruturas sociais de desigual acesso aos bens materiais e imateriais. Essa desigualdade se revela ao identificar-se justamente quem tem mais bens que direitos – incluindo bens à margem e contra o direito – e quem tem mais direitos que bens. Aí, afloram as estruturas sociais de poder que produzem o acesso desigual aos bens. Se a existência do direito se justifica pela necessidade de mediar conflitos por bens³⁷, a maneira primordial pela qual cabe aos direitos alcançar esse acesso é interferindo nessas mesmas estruturas sociais de poder, alterando as correlações de poder em prol daqueles que estão em uma posição de debilidade frente a essas mesmas estruturas sociais.³⁸

De toda forma, tanto uns quanto outros se beneficiam, menos ou mais, dos direitos que têm, independentemente dos bens. Mas, para os sujeitos débeis, as vítimas das estruturas de desigual distribuição e acesso a bens, entre ter direitos e não ter direitos é sempre melhor tê-los. Sobretudo se são direitos formalmente assegurados mediante sua subtração da esfera de disponibilidade

³⁷ É essa, por exemplo a tese de Ian SHAPIRO. **Os fundamentos morais da política**. São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 130-131.

³⁸ Da impossibilidade de uma intervenção total e perfeita em termos de alteração dessas estruturas da divisão social do trabalho, como evidenciou Popper, não decorre que não sejam necessárias intervenções e constantes correções das intervenções.

tanto privada quanto pelos poderes públicos. Mas tal reconhecimento não os exime de continuar a lutar por eles, para alcançar os bens de que se necessita e garantir os que já se alcançou. É nesse sentido que os direitos fundamentais podem ser a “lei do mais débil”, como apoio necessário na luta desigual e permanente e não como um convite ao sono tranquilo.

Uma vez considerado que as tramas sociais de luta por reconhecimento e reação ao desrespeito, construtoras e constructos dos sujeitos, são determinantes do acesso à produção e à distribuição de bens materiais e imateriais satisfatores de necessidades sempre atualizáveis, depreende-se daí que tais satisfatores não são somente objetos substanciais fisicamente delimitados, mas também serviços, procedimentos, atividades e relações sociais.³⁹ São pequenos exemplos daquilo que Marx, nos Manuscritos de 1844, chamou de necessidades de sociedade.

Por outro lado, sendo essa tensão com a realidade inerente aos direitos, não há porque abandonar-se o direito ao trabalho diante das inumeráveis evidências do “reino da necessidade” e guardá-lo em uma redoma de cristal para o dia em que chegarmos ao paradisíaco “reino da liberdade” o qual, assim, jamais chegará. Esse “reino da liberdade” pode servir de referência utópica inspiradora para a transformação do presente, mas naquele momento final um “direito ao trabalho” já não teria nenhuma razão de existir.⁴⁰ Um “reino da necessidade” e um

³⁹ DOYAL e GOUGH, ob. cit., p. 201.

⁴⁰ Assim descreve Marx sua utopia de libertação do trabalho: “la condición de la liberación de la clase trabajadora consiste en la abolición de toda clase, de la misma manera que la condición de la liberación del tercer estado, del orden burgués, fue la abolición de todos los estados y de todos los órdenes. En el curso de su desarrollo, la clase trabajadora sustituirá la antigua sociedad civil por una asociación que excluirá las clases y su antagonismo, y no existirá mas poder político en sentido próprio, puesto que el poder político constituye, precisamente, el resumen oficial del antagonismo en la sociedad civil”. Miséria da filosofia, Apud

“reino da liberdade” absolutos, como categorias do pensamento, não têm grande relevância teórico-prática, se se elimina precisamente a tensão que há entre ambos, anulando um desses pólos. Seguindo com as expressões de Marx, a razão de ser desse direito não está nem de um lado nem do outro da fronteira entre esses reinos, mas justamente **na fronteira**, na larga fronteira que transita entre o trabalho imposto pela miséria e o livre desenvolver das capacidades humanas. A razão de ser de um direito ao trabalho é precisamente resgatar e mediar a tensão permanente que se estabelece entre esses dois reinos, tendencialmente eliminada pela absolutização do “reino da necessidade”, presente tanto no discurso neoliberal, quanto em boa parte dos discursos críticos. A questão central da chamada “passagem do reino da necessidade ao reino da liberdade” está nas condições de mediação livre desse processo contínuo e não na definição das condições *a priori* de um reino de liberdade.⁴¹

4.3. O direito como saber prático

Estaria longe do alcance e dos propósitos deste trabalho situar todo o sentido atual do problema jurídico, a pergunta sobre a juridicidade do direito. Tampouco se almeja definir a dogmática jurídica ou percorrer as questões

MONEREO PEREZ, José Luiz. **Fundamentos doctrinales del derecho social en España**. Madrid, Trotta, 1999, p. 218.

⁴¹ Nesse sentido, a crítica de Hinkelammert e Mora à alternativa utópica ao capitalismo proposta por Marx: “No se trata de una libertad *a priori* que permita abolir las leyes que se imponen a las espaldas de los actores, como pudo ser entendido el análisis de Marx, sino de un conflicto continuo y constante para disolver las fuerzas compulsivas de los hechos – en el grado que sea posible – por medio de la acción asociativa o solidaria.”. HINKELAMERT e MORA. **Cordinación social del trabajo, mercado y reproducción de la vida humana**, p. 240.

fundamentais e os dilemas que enfrenta contemporaneamente. Muitos estudos especificamente dedicados a esse fim seriam necessários. O que se pretende, neste ponto, é apenas tentar esclarecer, de modo muito geral, as premissas a partir das quais se vislumbra a tarefa da dogmática jurídica na mediação do direito ao trabalho no sentido da sua reconstrução. Nos próximos itens, procurar-se-ão indicar, passo a passo, essas premissas.

A primeira delas consiste em que o saber jurídico é um saber essencialmente prático. Com essa afirmação, quer-se estabelecer um corte em relação à visão tradicional sobre o direito difundida pelo positivismo jurídico, o qual trata o direito como um saber teórico, puramente cognitivo.

Seguindo a crítica ao pensamento jurídico positivista feita por Castanheira Neves, o sentido próprio e concreto da juridicidade é que o direito não é o objeto pressuposto, mas sim um constituir-se problemático “a emergir continuamente das concretas questões normativas que a vida social-comunitária vai suscitando como problemas de direito.” Dessa maneira, não há um “direito perfeito”, nem o “direito existente”, ou um “outro direito” a alcançar, pois o direito “é tarefa que se faz, não substância que se descobre”.⁴² Ou seja, a racionalidade inerente ao direito é essencialmente prática e não teórica e nunca se exaure em uma tarefa acabada, pois é sempre um processo contínuo de construção da normatividade jurídica destinada à solução jurídico-normativa de problemas

⁴² CASTANHEIRA NEVES, António. **Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma reposição crítica: vol. I, A crise.** Coimbra, Almedina, 1967, páginas não numeradas.

concretos⁴³. O direito, diz Castanheira Neves, “é uma sempre inacabada tarefa de realização e transformação do homem através do seu próprio transcender-se”⁴⁴. Por isso, fracassam, na tarefa prática do direito, tanto o positivismo normativista⁴⁵, quanto o fenomenologismo, realismo ou o sociologismo jurídicos, que insistem em uma perspectiva meramente epistemológica a debruçar-se “sobre o direito” como um dado, seja como “ordem concreta” seja como “natureza das coisas” ou ainda “em condutas histórico-sociológico-existencialmente reais, que se deduzisse de estruturas lógico-materiais onto-categorialmente eternas, etc.”⁴⁶. E esse fracasso advém da impossibilidade de se “cumprir uma função prática através de uma intencionalidade e uma metodologia teóricas”⁴⁷.

Isto significa que é necessária uma opção; que o pensamento jurídico não pode constituir-se segundo uma estrutura teórica e pretender simultaneamente desempenhar-se da função prático-normativa que compete à juridicidade, ou, inversamente, que não pode desempenhar-se desta sua função essencial sem renunciar às intenções e aos esquemas que caracterizam um pensamento puramente cognitivo.⁴⁸

A pretensão do formalismo positivista, no âmbito da dogmática jurídica, é precisamente essa, de uma antinômica simultaneidade, que pretende

⁴³ “O direito é teoricamente irreduzível e o pensamento jurídico não poderá nunca assumi-lo numa perspectiva teórico-objetiva porque é ele por essência uma intenção normativa a realizar historicamente e em acto.” Idem, ibidem, p. 906. Racionalidades prática e teórica, aqui, no sentido da distinção aristotélica dos termos.

⁴⁴ Ibidem, p. 908.

⁴⁵ O *proprium* do direito é tudo aquilo que Kelsen abandonou em nome da pureza metódica e que se evidencia na tese da interpretação como mero ato de vontade.

⁴⁶ CASTANHEIRA NEVES, p. 906.

⁴⁷ Ibidem, p. 908, nota 93. A este respeito, Robert Alexy também sustenta a impropriedade das análises empiristas, teleológicas e funcionalistas dos direitos subjetivos: “en ellos se verá siempre que si se parte solo de enunciados empíricos sobre la historia, las consecuencias sociales y las funciones de los derechos subjetivos, no es posible inferir nada com respecto al cuestionamiento jurídico-dogmático. Para ello, tienen que estar vinculadas com enunciados normativos.” ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 177.

⁴⁸ Ibidem, loc. cit.

exercer uma função prática valendo-se de uma racionalidade teorética. Ou seja, pretende decidir validamente problemas jurídicos a partir de uma intencionalidade e uma metodologia que tomam o direito como um objeto dado, a ser conhecido. É notável que o formalismo positivista ainda subsiste no pensamento jurídico e especialmente no âmbito da dogmática jurídica, ou seja, como pensamento que resolve juridicamente problemas jurídicos. Mas, se assim o faz, é

“porque a estrutura metodológica que diz ser a sua (estrutura teorética) não é aquela em que efectivamente se vem a fundar e por que vem a decidir os problemas verdadeiramente normativos que se lhe impõem: trata-se de um último termo de um pensamento de índole prático-normativa, que intenta apresentar-se como um pensamento teorético.”⁴⁹

As consequências dessa “falsidade” metodológica são cruciais para a dogmática jurídica. A primeira, está em que a dogmática formal-positivista sempre tenha que esconder seus verdadeiros problemas e o processo metódico através dos quais efetivamente os resolve. Assim, ficam ocultas e deixam de ser elaboradas publicamente as razões mais relevantes das decisões. Além disso, e mais grave, como é necessário preservar a todo custo a racionalidade teorética – uma imposição do cientificismo –, o pensamento jurídico acaba por sacrificar a intenção normativa em nome das exigências da intenção teorética, que é o que leva ao desvio formalista ou conceitualista. Por outro lado, essa postura acaba por obscurecer a diferença de racionalidades e impedir a consciência da necessidade

⁴⁹ Ibidem.

que tem o pensamento jurídico de assumir de maneira autêntica, “a sua vocação normativa, a sua autônoma mediação na juridicidade”⁵⁰.

Vinte e seis anos após ter publicado sua obra memorável de 1967, *Questão-de-facto – questão-de-direito*, Castanheira Neves desenha, em outro trabalho, as bases da crítica de uma outra forma de racionalidade, produto da crise do paradigma jurídico positivista, que já não compreende o pensamento jurídico como uma teoria, mas como uma tecnologia social.⁵¹ Nesta outra racionalidade, que ganhou corpo como consequência do Estado-providência, o direito é entendido como puro instrumento, função ou meio, a serviço da realização ótima de fins cuja eleição lhe escapa. Aqui, a validade axiológico-normativa das decisões jurídicas é substituída pela racionalidade estratégico-instrumental, pautada pela eficiência e pela utilidade. Os valores normativos são substituídos por valores funcionais a fins irracionalmente eleitos. Os fundamentos são ocupados pelos efeitos empíricos em vista daqueles fins e o jurista de “prudente” passa a “engenheiro” ou “tático” a serviço da estratégia de persecução daqueles fins.

Deste modo, a dogmática jurídica seria apenas o repertório de justificativas *a posteriori* da decisão já tomada, pois o verdadeiro critério seria a conformidade em relação ao fim estabelecido, sendo secundária a consideração de valores materiais, de regras formais e, ao final, tornam-se irrelevantes as exigências da corporalidade humana que a eles não se conformem. Não há, nessa visão, a construção intersubjetiva de um sentido de normatividade, mas a

⁵⁰ Ibidem, p. 909.

⁵¹ CASTANHEIRA NEVES, **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 54-70.

persecução de finalidades que funcionalizam o direito. Trata-se da colonização do direito pela racionalidade tecnocrática. Com a crise do Estado-providência, essa racionalidade vai dar lugar à total falência regulatória e à crise de fundamentação do direito.

Não será possível, aqui, estender-se na crítica dessas racionalidades nem aprofundar minimamente o original e valioso pensamento de Castanheira Neves, que aqui tampouco se pretende adotar integralmente. O que se quer apenas é proclamar a necessidade de distanciamento crítico de qualquer das duas concepções atualmente dominantes da dogmática jurídica.

Uma, que ainda é a mais tradicional no âmbito brasileiro, que a vê como aparato teórico que visa à produção de um saber sistemático-conceitual baseado na interpretação em abstrato do direito, identificado este com as normas produzidas pelo Estado, consideradas como entidades substancializadas, objeto de interpretação. Esta concepção prioriza, como metodologia aparente – ainda que não efetiva – a aplicação lógico-dedutiva desse aparato de saber às situações da vida.

A outra, concepção, cuja versão hoje em maior ascensão é conhecida como análise econômica do direito, mas também se traveste de um tipo de ética da responsabilidade política, vê a dogmática jurídica como tecnologia social funcionalizada à obtenção de fins estabelecidos em um outro lugar, sejam fins políticos ou econômicos, fora da esfera de consideração do direito. Ela reconhece cinicamente a falsidade da racionalidade positivista. Mas vê aí o espaço para introduzir sua estratégia de naturalizar a sujeição ao poder. Na versão econômica, segundo Rosa,

A constatação de que a decisão possui estrutura de ficção e responde com uma verdade possível, da ordem do parcial, é apropriada com estofo pragmático pelo discurso da Law and Economics para fazer valer o discurso latente: o neoliberal. A teoria da decisão manejada pelo discurso da AED desloca o fundamento de validade da decisão do jurídico para o econômico. É a maneira pela qual, “como se” um juiz decidiria – se porventura decidisse –, coisa que, todavia, não o faz. Enfim, a estrutura é organizada de forma lógico-dedutiva, como se o simples atendimento do critério de “maximização da riqueza” garantisse a função democrática do Direito.⁵²

Esta visão identifica o direito com um programa finalístico aberto à discricionariedade dos agentes estatais e prioriza em sua metodologia a decisão, entendida esta enquanto esquema operatório pautado na racionalidade estratégica e na habilidade tática. A fundamentação normativa, aqui, é secundária, pois não se trata de justificar a decisão, mas de implementá-la. A intervenção jurídica localizada é sempre ineficiente economicamente, pois gera custos. Mas se justifica enquanto propicia uma garantia geral da coerção que assegura o equilíbrio do mercado e previne a multiplicação de conflitos e a incerteza.⁵³

É claro que essa é uma racionalidade que submete os direitos fundamentais institucionalizados pelo processo democrático, que podem veicular as exigências dos sujeitos concretos, aos “direitos fundamentais” dos agentes econômicos, direito de propriedade e respeito aos contratos, que por sua vez estão funcionalizados à maximização da rentabilidade.

No limite, o “jurista engenheiro social” produto do Estado social-tecnocrático e o “jurista para o mercado”, produto da absolutização da valorização

⁵² ROSA e LINHARES, ob. cit., p. 118.

⁵³ Idem, ibidem, p. 110-111.

do valor como instância suprema da sociedade, identificam-se, na medida que ambos substituem a pretensão própria do direito em construir um sentido de normatividade, pela racionalidade estratégico-instrumental, como otimização da relação entre meios e fins alheios ao direito. Em ambas as concepções os próprios fins fogem a todo controle normativo.

4.4. Dogmática e dogmatismos

Para os efeitos deste estudo, entende-se por “dogmática” a prática jurídica que toma em consideração a contingência de um dado sistema jurídico concreto, procurando elaborar a específica pretensão de normatividade desse sistema. Pode-se esclarecer melhor essa afirmação tomando-se a diferenciação estabelecida por Habermas entre os níveis da filosofia da justiça, da teoria do direito e da dogmática jurídica.

A teoria do direito, ao contrário das teorias filosóficas da justiça, movimenta-se nos limites de ordens jurídicas concretas. (...) Ela se distingue da dogmática jurídica através da pretensão de produzir uma teoria da ordem jurídica em sua totalidade.⁵⁴

Abstendo-se da discussão sobre a distinção entre teorias jurídicas e teorias filosóficas da justiça, tem-se que essa definição situa bem o lugar relativamente contingenciado da dogmática jurídica. Ou seja, enquanto no nível de uma filosofia da justiça, busca-se pensar a justiça para além de quaisquer sistemas normativos concretos, inclusive da totalidade dos sistemas jurídicos

⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e falidade**. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, vol. I, p. 243-244.

existentes, no nível da teoria do direito, busca-se produzir uma teoria da ordem jurídica em sua totalidade, considerando todos os sistemas jurídicos existentes. Já a dogmática jurídica procura construir uma práxis (teórico-prática) do direito assumindo a contingência de um específico sistema normativo, levando a sério os elementos – muitas vezes contrários e assistemáticos – produzidos pelo Estado democrático de direito. É esse o seu “dogma”, que impõe, por uma questão de honestidade, manter essa tão estigmatizada expressão.

Mas “dogmática”, aqui, não significa que, a partir desse contingenciamento, o saber jurídico se torne, em última instância, autorreferente. Como saber prático, ele será sempre uma mediação desde e para a vida concreta dos sujeitos, sendo essa a sua referência última. Tampouco significa que se desenvolva de modo dogmático, absolutizando suas categorias como verdades fora de questão ou, para estabelecer uma diferenciação terminológica útil, se transforme em dogmatismo⁵⁵. Em todos os momentos está a dogmática jurídica, queira ou não, mediando a relação prática entre o saber jurídico e os contextos de realidade nos quais se situa.

Pode-se, então, falar de “dogmatismo” em pelo menos três sentidos. Um, *ante festum*, entendido como ingenuidade epistemológica, ou seja, uma pretensão de conhecimento não problematizada⁵⁶. Algo como um saber não

⁵⁵ Dentre outros autores que estabelecem essa distinção, mas de modo pioneiro e com ênfase reiterada, Clèmerson Merlin Clève sustentou a necessidade do projeto de uma dogmática jurídica emancipatória, ao tempo em que a crítica jurídica identificava a dogmática com o formalismo juspositivista. CLÈVE, Clèmerson M. **A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória**. Uma análise dos limites e superação das teorias jurídicas críticas encontra-se em SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica**, p. 29-66.

⁵⁶ Essa a definição de Johannes Hessen, para quem dogmatismo é a postura epistemológica que precede à problematização do conhecimento. “O dogmatismo tem por supostas a possibilidade e a realidade do contacto entre o sujeito e o objecto. É para ele evidente que o sujeito, a consciência cognoscente, apreenda o objecto.

interpelado, situação em que as consequências práticas das insuficiências do pensamento e prática jurídicos – as vítimas – não são tematizadas ou percebidas. Outro, *in festum*, quando a intensificação do conceitualismo coabita com a dúvida gerada pela crise do primeiro dogmatismo, cuja percepção leva a refugiar-se, em verdadeiro zelo dogmatista, na “pureza” dos conceitos, a fim de evitar a dissolução do pensamento tradicional. É nesse sentido que, na fala de Pietro Perlingieri, passa-se “da dogmática ao dogmatismo quando a análise conceitual degenera no gosto pela classificação finalizada a si mesma, esquecendo a sua função e alienando-se da realidade”.⁵⁷ Tem-se que é possível se falar, ainda, de um dogmatismo *post festum*, que denominamos **cínico**⁵⁸ e que se avoluma nos tempos de hoje. Isso ocorre quando o ceticismo, advindo da crise gerada pela perda da ingenuidade hermenêutica, é substituído pela pura instrumentalização dos conceitos, já sem qualquer pretensão de consistência na fundamentação da decisão. Há total sobredeterminação dos argumentos pela ideologia economicista, que justifica como fato natural, banalizado, a negatividade das vítimas. Todo argumento se torna *ad hoc* e é excluído da efetiva constituição da decisão. O operador jurídico cínico vê-se sob a máscara de um mero instrumento de leis objetivas que estão acima das vontades, da ética e da própria lei jurídica. Seu cinismo se justifica na ilusão de neutralidade, não mais diante da lei jurídica, mas do poder incontestável dessas leis objetivas que correspondem à utopia de uma

Tal posição assenta numa confiança na razão humana, que ainda não está enfraquecida pela dúvida.” HESSEN, **Teoria do conhecimento**, 8ª ed., Coimbra, Armênio Amado, 1987, p. 37.

⁵⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 60.

⁵⁸ Sobre a razão cínica, ver DUSSEL, “Del escéptico al cínico: del oponente de la ‘Ética del Discurso’ al de la ‘Filosofía de la Liberación’.” **Libertação-Liberación**, v. 3, n. 1. Campo Grande, CEFIL, 1993, p. 36-47.

perfeita “ordem das coisas” que pretende eliminar a ordem das pessoas: a ordem suprema e ilusória do Mercado.

A fundamentação das decisões dos tribunais, neste caso, é substituída pela afirmação de um juízo inteiramente subjetivo como “minha posição” ou “meu entendimento”, cuja somatória, resulta na “posição da turma do tribunal”, nas uniformizações e súmulas, como resultados numéricos de posições que não mais articulam as decisões com o sentido fundamentante de uma pretensão de normatividade do direito. O já decidido significa a senha para a suspensão da capacidade de pensar, fabricando a banalidade da injustiça. Pensa-se nesse sentido a fala de Perlingieri: “o dogmatismo se reduz ao subjetivismo: as construções dão uma sensação de instabilidade crônica como se não tivessem alicerce. Por vezes, mais que de classificações e de definições, faz-se questão de puras denominações”⁵⁹. É cada vez mais freqüente a postura dos tribunais em argumentos do tipo “em que pesem os judiciosos fundamentos da pretensão, o posicionamento da turma, ou a súmula x entendem que...”, como se o relevante fosse somente a decisão a despeito da desconexão com os fundamentos, ao arrepio do sentido normativo do art. 93, IX, da Constituição.⁶⁰

Para as teorias críticas do direito das décadas de 1970 e 1980, o antagonista exemplar era o jurista dogmático ingênuo ou o abstracionista desconectado da realidade. Hoje, essas figuras parecem frágeis diante da emergência de um antagonista muito mais potencializado: o jurista cínico decisionista. Este já não tem sincera pretensão de ser coerente e dispõe

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ Art. 93, IX: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”.

instrumentalizadamente dos saberes com o adrede fim de submeter. Toda argumentação cínica já está estrategicamente predeterminada: a questão está decidida !

Já não se pode dizer que a dogmática jurídica atual do direito ao trabalho, ao mutilar a concretização desse direito fundamental, apenas circunscreve-se aos limites dos seus horizontes não interpelados. “Eles sabem muito bem o que fazem !” O problema, hoje, não é tanto de uma ingenuidade hermenêutica dogmatista (dogmatismo *ante festum*) ou de uma dogmática conceitualista narcisicamente enclausurada em seus sentidos consistentes consigo mesmos (dogmatismo *in festum*), ainda que bastante presentes essa última distorção. A negação das potencialidades do direito ao trabalho defronta-se cada vez mais com o decisionismo cínico em que já não há sequer pretensão sincera de consistência. Esta é secundária e apenas dentro do possível. Basta a manutenção das aparências. O que impera é o arbítrio do ato de vontade⁶¹, sobredeterminado pela naturalização de uma específica ordem da economia política e que afirma não haver nenhuma alternativa para o direito ao trabalho que não o aprofundamento dessa mesma lógica. Toda intervenção do direito irá distorcer a harmonia possível do jogo de mercado e gerará maior ineficiência e, por fim, menor nível de emprego. Os direitos humanos e fundamentais seriam meras distorções do mercado, custos a serem tendencialmente eliminados. A dogmática do direito ao trabalho, assim, estaria inteiramente agrilhoadada a tais fundamentos.

⁶¹ Para um estudo sobre o decisionismo jurídico na América Latina, ver CÁRCOVA, Carlos María. **Direito, política e magistratura**. São Paulo, LTr, 1996, p. 147-178.

Frente a essas espécies de dogmatismos, sustenta-se uma dogmática jurídica crítica, que busque ser capaz de levar a efeito a pretensão de normatividade do sistema jurídico estatal como mediação para a realização das necessidades da vida dos sujeitos em comunidade, ao mesmo tempo em que se mantém permanentemente aberta à interpelação das vítimas inevitáveis da realização dessa mesma pretensão.

4.5. Dogmática jurídica como saber normativo sobre o concreto (síntese de múltiplas determinações)

A dogmática jurídica é, sem dúvida, a parte do saber jurídico em que mais proliferam os abstracionismos, no sentido de conceitos que são utilizados de modo inteiramente divorciado dos contextos reais. Não caberia aqui entrar em toda a temática da crítica da linguagem jurídica e dos problemas metodológicos desse saber, já coberta por toda uma tradição de pensadores críticos do direito.⁶² O que se pretende, neste momento, é apenas antepor a esse abstracionismo a constatação de que a dogmática jurídica é a parte do saber jurídico que se situa no nível mais concreto e, portanto, mais complexo e multiplamente determinado da prática jurídica. Vale dizer, a dogmática jurídica lida com a realidade num maior grau de inteireza e, por isso, repleta de “impurezas” típicas da proximidade com a vida cotidiana das pessoas e de suas lutas pelos meios de vida. Um saber que pretende permanecer no nível da “pureza” das

⁶² Ver, como síntese das diversas correntes, WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008.

abstrações e ficar à distância do contexto de realidade das relações desiguais e hierarquizadas de produção e acesso aos bens materiais e imateriais é inteiramente inadequado à especificidade desse campo jurídico.

Para esclarecer essa afirmação, deve-se elucidar o sentido que se considera o nível do concreto como o âmbito mais complexo em relação às determinações abstratas como o âmbito mais simples, recorrendo-se outra vez à interpretação obra marxiana por Dussel. Na metodologia elaborada nos *Grundrisse*, Marx define que o “concreto es concreto porque es la síntesis de múltiples determinaciones, por lo tanto unidad de lo múltiple. Aparece en el pensar como proceso de síntesis, como resultado, no como punto de partida.”⁶³ Vê-se aí o concreto como ponto de chegada de um processo dialético que parte das representações caóticas da realidade, repletas de mistificações, para buscar as suas determinações cada vez mais abstratas e analiticamente mais simples, para então elevar-se até a totalidade concreta das múltiplas determinações e retornar em direção à realidade, agora munindo-se de categorias explicativas (conceitos) que permitem pensar o real como realidade concreta.

Vejamos os passos dessa metodologia seguindo a explicitação de Dussel.⁶⁴ Primeiro, é preciso ter em conta que o real é sempre exterior a todo conhecimento, está para além da capacidade de pensar. A atividade científica, assim, deve considerar sempre a sua insuficiência diante da inesgotável riqueza da realidade. Num primeiro momento da atividade científica, o conhecimento se depara com um plexo de representações cotidianas da realidade, repletas de

⁶³ MARX, *apud* DUSSEL, **La producción teórica de Marx**, p. 48.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 49-63.

sentido, mas confusas e caóticas, produto de atos cognitivos ainda inquestionados. A produção de conhecimento apanha essas representações e prossegue de modo reconstrutivo, por abstração. Ou seja, busca separar analiticamente, no caos dessas representações, os diversos conteúdos, como partes do real que são consideradas como todo.

El considerar una “parte” como “todo” por la capacidad conceptiva de la inteligencia, es la esencia de la abstracción. Como acto, la abstracción separa analíticamente; como objeto o contenido, la abstracción produce una “determinación abstracta”. La “determinación” [...] es un momento real de la cosa, pero en tanto ese momento se abstrae (se separa analiticamente) es ahora un concepto que “reproduce” lo real.⁶⁵

Assim, as determinações são os momentos (partes) mais essenciais e mais abstratos da realidade, tomados a partir da análise das representações abstratas. São simples porque correspondem a essa separação analítica, a partir das representações caóticas, das determinações que, na concretude de um determinado aspecto da realidade, estão materialmente implicadas. Uma vez definidas as determinações, estas consistem em conceitos que, enquanto servem como instrumentos ou mediações interpretativas da realidade, constituem “categorias”. Fixadas as determinações mais abstratas e simples, como por exemplo, no caso de Marx, trabalho, necessidade, divisão social do trabalho, produção, valor de uso, valor de troca, mercadoria, dinheiro, valor, mais-valia, Estado, mercado mundial, numa ordem em que se vai do mais simples e abstrato ao mais complexo e mais concreto, trata-se então de ascender em direção ao concreto como totalidade de múltiplas determinações: o capital em

⁶⁵ Ibidem, p. 51.

geral. “Capital”, assim, como “totalidade construída em geral”, é uma categoria complexa e mais concreta que aquelas mais simples, a partir das quais se constitui. Trata-se de uma categoria global da realidade, uma categoria geral e ainda mais abstrata que a sociedade burguesa. A sociedade burguesa, como conceito e mediação interpretativa, é já produto do retorno, por “descida” em direção ao concreto, a partir daquela totalidade concreta como mediação interpretativa da realidade histórica. O concreto, então, como ponto de retorno, se mostra como “totalidade concreta histórica explicada”, ou seja, como síntese de múltiplas determinações, cuja materialidade é agora reconstruída.

Diante dessa síntese categorial produto do esforço científico, o real, trazido pela experiência de afirmação e negação da vida, deve funcionar como instância crítica que interpela a refazer-se constantemente o processo, sempre insuficiente, do labor científico. A totalidade do horizonte existencial, portanto, embora delimite a condição do sujeito prático, convoca ao seu ultrapassamento. Nessa direção, ressalta Celso Ludwig:

Desde o horizonte existencial avançamos para além da cotidianidade mais imediata, sem nunca, no entanto, abandoná-la por completo, porque só no cotidiano estamos por inteiro. É nessa totalidade de sentido que nos movemos. Totalidade que, no entanto, não esgota tudo, nem se esgota em si mesma, porque a necessidade de ultrapassamento exige sempre o horizonte da exterioridade, lugar de sentido, ainda que não originariamente hermenêutico.⁶⁶

O abstracionismo, tão denunciado no conhecimento jurídico, procede de diferentes tipos de reducionismos em relação a esse caminho

⁶⁶ LUDWIG, Celso Luís. **Filosofia e filosofia do direito**. In **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, IHJ, vol. 1, n. 5, p. 70.

metodológico. O mais primário consiste em limitar-se às representações caóticas da realidade como expressadas cotidianamente pelo senso comum. Assim ocorre, por exemplo, quando a dogmática jurídica apanha “no ar” determinadas máximas de teoria econômica e as aplica ao direito sem sequer investigar as premissas dessas assertivas, como o faz o discurso juslaboralista da flexibilização.⁶⁷ Também é o que se dá quando esse mesmo discurso afirma que o direito ao trabalho é possível apenas como resultado da redução dos custos de transação. No mesmo erro incorre a dogmática quando pergunta pelo direito ao trabalho tomando apenas as representações caóticas que expressam o reducionismo moderno do trabalho a mero assalariamento alienado, sem criticá-lo. Daí resulta um direito ao trabalho sem sentido, como direito à alienação.

Outro tipo de reducionismo consiste em assumir arbitrariamente determinadas categorias abstratas como ponto de partida, para depois pretender aplicá-las à realidade. Assim o faz a dogmática jurídica ao se reportar a essências de inspiração jusnaturalista, como por exemplo o discurso da primazia da pessoa humana sobre a coletividade, entendida aquela como indivíduo substancializado em si mesmo, ocultando-se as tramas sociais de poder que o produzem. Este aspecto foi ressaltado no capítulo 3. Também nesse erro se incorre quando se pretende considerar o direito ao trabalho como direito a uma condição de livre produção artesanal do mundo pelo homem, sem qualquer referência às condições concretas dessa produção.

⁶⁷ WANDELLI, *Flexibilização (mais, ainda ?), legislação do trabalho e a inversão ideológica dos direitos humanos*, p. 73-87.

Um terceiro tipo de abstracionismo consiste no conceitualismo. Uma vez alcançado o momento das determinações essenciais, passa-se a tratá-las de modo isolado de seu contexto de referência. No extremo, essas mediações acabam sendo consideradas como se fossem a realidade mesma e não uma redução analítica com fins interpretativos da realidade. Os conceitos, assim, abandonam os seus referentes reais e passam a sufocar a própria realidade.⁶⁸ É esse tipo de abstracionismo que ocorre quando os direitos são desconectados das necessidades e, com isso, perdem o seu potencial de mediar o acesso aos bens. Todo o discurso jurídico está permeado por esse tipo de abstracionismo cuja expressão mais acabada é o conceito de sujeito de direito, um sujeito desconectado de toda concretude vital e necessitada. Assim, não só o conceito de sujeito de direito substitui as pessoas concretas, como acaba criando a ilusão de que pessoas concretas **realmente** são apenas sujeitos de direito e não seres vivos necessitados, vulneráveis, desejosos, etc, sempre implicados em tramas sociais de poder. De tanto a realidade ser substituída por seu representante formal, acaba-se crendo que, de fato, um trabalhador é apenas o vendedor da força de trabalho, um contratante e, por fim, apenas um credor de salários, olvidando-se, por fim, até mesmo certos aspectos de sua condição de sujeito de

⁶⁸ Sobre a herança nominalista presente no formalismo jurídico, ver CALDAS, Andressa, **Regulação jurídica do conhecimento tradicional: a conquista dos saberes**. Curitiba, UFPR (dissertação de mestrado), p. 8-60. Seria relevante, porém, investigar como, no formalismo jurídico, o nominalismo deriva em conceitualismo e acaba se transformando no seu contrário. Se no nominalismo palavras definem apenas outras palavras e não essências de entes no mundo, o que leva, em derivação rumo ao conceitualismo, à elaboração de conceitos abstraídos da concretude dos contextos de vida, é marcante como o uso do formalismo chega, por vezes, a tomar esses conceitos, por definição arbitrários e alheios aos seus referentes reais, como se fossem a própria realidade.

direito, como a titularidade de direitos inadiáveis conexos ao crédito.⁶⁹ Sobretudo se inviabiliza, aí, a reivindicação do direito ao trabalho no sentido que vem sendo aqui tratado, pois fica sempre reduzido a um direito aos direitos formalmente reconhecidos na legislação do trabalho, seccionando-se as diversas relações entre trabalho e necessidades.

Por fim, há um último tipo de abstracionismo da dogmática jurídica, que corresponde a muitos dos melhores esforços de concretização do discurso jurídico com sentido emancipatório. Esse tipo de abstracionismo pretende dar cabo do caráter reconstrutivo integral da dogmática jurídica, de modo a resgatar a capacidade do direito como mediação para a vida, inclusive com acentuado esforço para afastar a colonização do discurso do direito pela sobredeterminação da racionalidade economicista. Contudo, esse esforço padece de uma visão jurídica do mundo, que, entre outros aspectos, reduz o direito ao direito do Estado, sem atentar para essa operação. E o que é mais relevante: essa visão leva o profissional do direito a concentrar-se apenas no nível do dever-ser, articulando necessidades e direitos e reivindicando as possibilidades de justiça do

⁶⁹ Assim ocorre, por exemplo, quando, numa tendência jurisprudencial que hoje está em declive, se justifica a negativa de reintegração antes do trânsito em julgado com a possibilidade de futura recomposição, como se a penúria do desemprego indevido ao longo do tempo da demanda e a negação do direito ao trabalho pudessem ser integralmente ressarcidas pecuniariamente e *a posteriori*. Nesse sentido: “MANDADO DE SEGURANÇA – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – REINTEGRAÇÃO – No processo do trabalho não há recurso específico contra determinação proferida em tutela antecipada. Assim, entendo possível a impetração de mandado de segurança desde que preenchidos seus requisitos. In casu discute-se reintegração de empregada antes do trânsito em julgado; tratando-se de obrigação de fazer, consistente na reintegração no emprego, é inviável a execução provisória, ante a impossibilidade de recomposição do status quo ante, na ocorrência de reforma do julgado, máxime pela inaplicabilidade do art. 588, inciso I, do CPC, na hipótese. Ademais, não autoriza a antecipada reintegração do empregado a eventual demora na entrega da prestação jurisdicional definitiva, em face da ausência de prejuízo irreparável, dado que a partir da definição de direito, no processo de conhecimento, ficará o demandado sujeito aos ônus da reintegração, com o pagamento dos salários e demais vantagens relativas ao tempo de afastamento do empregado. Recurso ordinário provido.” (TST – RO-MS 363833/97.0 – RS – Subseção II Especializada em Dissídios Individuais – Rel^a Min. Regina F – A – Rezende Ezequiel – J. 20.10.1998)

sistema, sem porém atentar para os contextos de realidade, as tramas sociais de poder, que determinam as condições de possibilidade do direito levar a cabo a sua pretensão. São essas tramas, escassamente estudadas, que consistem no verdadeiro “habitat” dos direitos. Seu esquecimento é o que acima se denominou de **falácia jurisdicista**. Ela não impede o desenvolvimento produtivo das categorias jurídicas e a sua constante interpelação, mas sua efetividade depende sempre de se reinserir o direito nos contextos de poder. Caso contrário, acaba servindo apenas para a justificação ideológica do *statu quo*, terminando por se decantar em um mero conceitualismo bem intencionado.

Enfatiza-se que não se quer, ao ressaltar as limitações do campo jurídico como campo de luta, sustentar a improdutividade prática da dogmática jurídica em nome da vitalidade teórica. Ao revés, há sempre contradições e nada indica que esse seja um campo a abandonar. É precisamente a complexidade do contexto presente que recomenda a multiplicidade de estratégias e espaços de luta.⁷⁰ Por conseguinte, diante dos diversos abstracionismos, cumpre buscar como referente uma dogmática jurídica que perceba e se aproprie de sua real situação, que habita esse nível denso e repleto de impurezas, de elevada concretude, entendida como síntese de múltiplas determinações. O direito não lida sozinho com a totalidade concreta, mas cabe a ele estar permanentemente aberto e permeável às demais categorias que expressam essa complexidade do real.

Esta afirmação implica outras três teses aqui assumidas.

Primeira, que por mais que os profissionais do direito – legisladores, juízes,

⁷⁰ SÁNCHEZ RUBIO e SLÓRZANO ALFARO, Introducción. In SÁNCHEZ RUBIO, SOLÓRZANO ALFARO e LUCENA CID (ed.). **Nuevos colonialismos del capital**, p. 48.

membros do ministério público, advogados, agentes do Estado em geral, professores de disciplinas afetas ao direito – queiram se afastar dessas impurezas, isolando-se em conceitualizações autorreferentes, são aqueles dados complexos da realidade das relações intersubjetivas os que constituem o seu habitat e o seu material de trabalho, bem como para onde vão os efeitos do trabalho jurídico. O discurso da dogmática, assim, sem perder a sua especificidade de elaboração de uma pretensão de normatividade contingenciada, não é nunca um discurso puramente jurídico, no sentido herdado do positivismo, que ensinou a pensar o direito descontextualizado da realidade. Queiram esses agentes ou não, toda a vivência conflitiva e a experiência acumulada em torno da elaboração e aplicação das normas do Estado necessariamente incorpora um elevado grau de complexidade. Dizer o que é e o que não é devido em cada contexto não é o momento último de uma simplificação da realidade em termos jurídicos. Ao revés, é o momento em que esse esforço de simplificação se revela mais impossível. A pretensa lisura das afirmações taxativas dos manuais de direito não sobrevive diante do cotidiano complexo e rico de impurezas de cada conflito singular. Só abrindo-se essas impurezas, conduzidas muitas vezes pelo discurso dos grupos sociais, outras vezes pelos discursos das “disciplinas não jurídicas”, é que a dogmática jurídica pode cumprir sua função de mediação para a vida.

Por isso a dogmática jurídica, queira ela ou não, articula continuamente elementos de fato e elementos de dever-ser moral e político que

excedem em muito a disciplina jurídica.⁷¹ Se quer fazê-lo de modo consciente, portanto, deve constituir-se sempre como um **saber transdisciplinar**. Atacar um problema jurídico concreto, como, por exemplo, aquele a que nos remete o direito ao trabalho, implica articular os diversos aspectos, filosófico, sociológico, antropológico, econômico, psicológico, ético, político, jurídico, que se condensam nesse nível e levam à elaboração de um discurso normativo relativo a esse aspecto contextualizado da realidade. Por mais que a dogmática jurídica tenha sonhado em constituir-se como um discurso simples e autoconstituído, a sua tarefa de lidar com casos concretos não lhe permite aceder a esse paraíso. Se o concreto é o nível da maior complexidade, assim também deve ser o discurso da dogmática em relação aos demais discursos disciplinares dos quais se serve.

A **segunda** tese parte de que o esforço crítico cuida, num primeiro momento, de identificar o distanciamento entre a complexidade dos contextos reais com que lida o direito e o abstracionismo das categorias utilizadas pelo saber jurídico. A crítica jurídica elaborada no Brasil a partir da década de 1970 centrou-se fundamentalmente nesse aspecto. Contudo, é indispensável um segundo momento, que é o momento de reconstruir as categorias jurídicas e retornar ao concreto, ao complexo, ao impuro, levando a cabo a tarefa de mediar juridicamente o acesso aos bens satisfatores das necessidades da vida dos sujeitos em sociedade. Portanto, **é necessário assumir contínua e reconstrutivamente – ou seja, de modo permanentemente aberto às**

⁷¹ Como diz Dworkin, “o voto de qualquer juiz é, em si, uma peça de filosofia do direito, mesmo quando a filosofia está oculta e o argumento visível é dominado por citações e listas de fatos.” DWORKIN, **O império do direito**, p. 113.

interpelações das vítimas – o ponto de vista normativo dos participantes de um dado sistema jurídico.⁷²

A **terceira** consequência dessa opção metodológica está em que, para compreender o papel da dogmática jurídica sobre o concreto como síntese de múltiplas determinações, faz-se necessário compreender **a normatividade jurídica sempre em relação com a política e a ética** e com os contextos de realidade em que se desenvolvem as relações de poder, sem dissolver-se, porém, nesses campos.

A relação entre esses três campos é situada a seguir.

4.6. Os campos ético, político e jurídico: círculos concêntricos

Prosseguindo no esforço de explorar as potencialidades da filosofia da libertação para inspirar a construção de uma teoria/prática jurídica crítica, toma-se a descrição arquitetônica das relações entre ética, direito e política na obra de Enrique Dussel. Não sendo possível já a esta altura estender maiores desenvolvimentos, cabe apenas explicitar o lugar teórico que se assinala a esses três campos discursivos – a **ética**, a **política** e o **direito** – à medida que compartilhem de uma mesma intencionalidade, que é prático-normativa. Ou seja,

⁷² Nas palavras do jusfilósofo costarricense Nórman José Solórzano Alfaro, “supuesto el carácter democrático de la experiencia jurídica y en virtud del principio de secularización, ésta debe ser permanentemente interpelada y en ellas elucidado su potencial inversión ideológica con lo cual, a la vez, se logra abrir el campo a la pluralidad de alternativas posibles.” SOLÓRZANO ALFARO, “Derecho moderno e inversión ideológica: una mirada desde los derechos humanos.”. In SÁNCHEZ RUBIO, HERRERA FLORES e CARVALHO, **Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica**, p. 25.

são campos em que se argumenta e se atua em reação à questão: o que se deve fazer ?

Concentrando-nos na questão da **normatividade da ação**, a **ética** é aqui compreendida como o campo mais geral e abstrato, que se ocupa das condições universais de toda norma, máxima, micro ou macro estrutura social, instituição, sistema de eticidade ou ato – vale dizer, qualquer nível em que se argumente ou atue em reação àquela questão –, em termos de sua aprovação ou não, segundo critérios que se expressam em princípios normativos. A confirmação ou reprovação ética atribui ao ato o que se poderia denominar sua “bondade” ou “maldade”. Na ética da libertação de Dussel, são identificados três níveis, em que os critérios e princípios universais correspondem a aspectos materiais, formais e de factibilidade, que se desenvolvem a partir de mediações particulares, como normas, máximas, sistemas éticos, microestruturas, que se concretizam no nível dos atos, decisões, ou julgamentos singulares. Aquele que atua buscando corresponder a esses princípios labora com sincera **pretensão de bondade**.

No entanto, a correspondência aos princípios é insuficiente. Uma deliberação perfeita é absolutamente impossível, pois são imprevisíveis todos os efeitos futuros e atuais das ações. Para que isso não ocorresse seria necessário um conhecimento perfeito, uma velocidade infinita. Que se produzam vítimas dessa “pretensão de bondade” é um imperativo inevitável. Nisso consiste o **princípio da impossibilidade**, já mencionado. Diante dele, deve-se mesmo reformular a pergunta que dimensiona todo o campo prático: **o que se deve fazer, sabendo-se que não se sabe?** Deste modo, não basta, em cada ato concreto e contingente, atuar com honesta pretensão de correspondência a tais critérios e

princípios éticos, de modo rigorista. É necessário ainda atuar sempre com **responsabilidade**, tomando a seu cargo as conseqüências de seus atos, sejam as previsíveis *a priori*, sejam as imprevisíveis, *a posteriori*, corrigindo-os segundo seus efeitos na concretude da vida dos sujeitos reais. Para isso, é preciso estar aberto ao ponto de vista dos **afetados** (as inevitáveis vítimas) que, a partir da **negatividade materialmente experimentada**, denunciam as falhas do ato pretensamente “bom”.⁷³

Contudo, a ética não tem um campo prático próprio. Nenhum ato é puramente ético, estando sempre situado em algum campo prático concreto (econômico, político, pedagógico, familiar, etc.).⁷⁴ A **política**, assim, constitui um campo prático concreto que subsume a ética. Não pode ser reduzida à gestão do existente, nem à guerra por outros meios. Sua essência cuida das condições de possibilidade para o desenvolvimento, no espaço público da “cidade”, das capacidades dos seres humanos corporais de criar e recriar o mundo,⁷⁵ exercendo hegemonicamente poder. Em termos de orientação normativa do agir, na visão de Enrique Dussel, o campo político subsume o ético, sendo deste um momento central. O poder popular (*potentia*) precisa objetivar-se em instituições políticas (*potestas*).⁷⁶ Os princípios políticos são, a um só tempo, intrínsecos e constitutivos da *potentia* e da *potestas*, regem as diversas esferas institucionais da política.⁷⁷ A totalidade das ações e das instituições políticas está posta desde o **poder da vontade**. O poder se origina na **vontade** de permanecer e ampliar a **vida**. É a

⁷³ DUSSEL, **Hacia una filosofía política crítica**, p. 145-147.

⁷⁴ Idem, **20 Tesis de política**. México, D.F., Siglo XXI, 2006, p. 70-71.

⁷⁵ HERRERA FLORES, **El vuelo de Anteo**, ob. cit., p. 27-29.

⁷⁶ DUSSEL, **20 Tesis de política**, ob. cit., p. 29-33.

⁷⁷ Idem, *ibidem*, p. 71.

vontade para pôr as mediações necessárias para a vida que unifica, em um campo especificamente político, todas as mediações políticas – estratégias, corpos legais, instituições, partidos, Estado, etc.⁷⁸ Deste modo, fica rechaçada a redução formalista do âmbito político, que exclui das deliberações políticas as dimensões econômicas da vida e elimina os valores materiais das formulações dos princípios políticos.⁷⁹

Também aqui, a política cobra a correspondência a três princípios, cada qual necessário, mas não suficiente, que subsumem, na especificidade do campo político, os princípios éticos, formulando a sua própria **pretensão de justiça política**. O conteúdo da política é a vida humana dos cidadãos e de toda a humanidade, sua produção, reprodução e desenvolvimento. Assim, submete-se a um **princípio material (ecológico-econômico-cultural)**, cujo referente é a realização das necessidades da corporalidade.⁸⁰ Porém, a política apenas como razão prático-material, a partir de um princípio material é insuficiente, sendo necessários outros marcos do espaço político, em termos de mediações **procedimentais-normativas** relativas a um **princípio formal de legitimidade democrática**, que têm no sistema de direito o seu momento central, e em termos de um **princípio de factibilidade**, que delimita os marcos que situam o espaço entre os projetos impossíveis e os necessários, dentro dos quais as condições

⁷⁸ O próprio do Poder é pôr-valor, vale dizer, instituir o valor dos entes-valiosos, as mediações necessárias para a permanência e aumento da vida. Para isso, é preciso poder-pôr tais mediações, como capacidade da Vontade, sem o que a Vontade nada poderia fazer. Já o Poder depende desses entes-valiosos, como suas mediações, como condições condicionadas, sem o que seria um poder sobre o vazio. Para esse autor, o poder-pôr sobre outra Vontade é apenas um possível exercício do Poder, mas não é da essência do político. DUSSEL, Enrique, **Voluntad de poder, império y estados particulares**. Conferência apresentada no X Seminário Internacional do programa de diálogo Norte-Sul, Sevilla, 2 a 6 de março de 2004. Versão inédita.

⁷⁹ MENDIETA, Eduardo. Introducción, in DUSSEL, **Hacia una filosofía política crítica**, p. 30.

⁸⁰ DUSSEL, **20 Tesis de política**, p. 73-75.

normativas materiais e formais devem ser cumpridos com eficácia política. Tais princípios determinam-se mutuamente.

Esses três princípios constituem exigências ético-políticas universais e abstratas (**nível C**, dos princípios universais). À medida que se entrelaçam em direção aos níveis mais concretos, os princípios articulam-se entre si e mediam-se reciprocamente no âmbito hermenêutico e institucional da aplicação e da ação tática e estratégica (**nível B**, das mediações dos sistemas ecológico-econômico, do direito e do Estado). Mas a prática política somente se completa quando essas mediações precipitam-se no nível singular da ação política estratégica concreta (**nível A**). O agir com “**pretensão de justiça política**” inclui “pretensão de eficácia estratégica”, de modo que a racionalidade estratégico-instrumental não é a determinante absoluta do político, mas é subsumida num conjunto de princípios que lhe dá sentido normativo. Contudo, mais uma vez, a honestidade dessa pretensão deve pressupor a falibilidade de seus atos e ser responsável pelos efeitos negativos a curto e longo prazo de sua ação. Cumpre, assim, passar à crítica e à ação transformadora, como **política crítica**, das estruturas políticas que produzem efeitos negativos ecológicos e sobre as vidas humanas.⁸¹

O **sistema do direito** corresponde a uma parte central do político, com uma função específica e com relativa autonomia em relação a este. Neste aspecto, é necessário estabelecer algumas considerações críticas à visão dusseliana sobre o direito. Considera-se que suas formulações reduzem

⁸¹ Ver DUSSEL, *Hacia una filosofía política crítica*, p. 43-64 e 145-149.

indevidamente o direito aos seus aspectos formais, desmerecendo a sua pretensão própria de normatividade.

O critério jurídico de avaliação das normas, instituições, decisões ou atos é marcado pela consideração necessária – mas não suficiente – dos **textos normativos** selecionados pelo sistema do Estado democrático de direito e que mediatizam o uso do poder/violência⁸². Conforme já explicitado, a força normativa dos textos jurídicos demanda, a par das condições de efetividade, a concretização dos sentidos normativos a serem socialmente considerados, num processo que é integrado não só pelos “homens do direito”, mas pelos sujeitos em geral. Aderir ou rechaçar o direito vigente já significa participar de um processo intersubjetivo, conflitivo, plural e inclusive contraditório, extremamente complexo, de definição do que seja “o” conteúdo do direito vigente, no qual necessariamente interferem os conteúdos éticos e políticos.⁸³ Relembre-se, ainda, que as normas jurídicas não se confundem com aqueles textos, sendo, antes, o **resultado desse conflito hermenêutico**⁸⁴. Porém, a praxis jurídica dirige-se à solução

⁸² MÜLLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique**. Paris, PUF, 1996. **Direito - linguagem - violência: elementos de uma teoria constitucional**, vol. I. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 1995.

⁸³ Extremamente oportunas as análises desmistificadoras da dogmática jurídica feitas por Alberto BOVINO e Christian COURTIS, para quem “el ‘contenido’ del derecho positivo, más que un conjunto unívoco y estable de significados fijos, es el resultado de un proceso incesante de atribución de sentido a normas y principios, selección de reglas o principios aplicables de acuerdo a esa atribución de sentido, extensión y comprensión de esos sentidos para ajustar la regla al caso, y una multiplicidad de otras operaciones intelectuales en las que juegan factores ideológicos, valorativos y extranormativos”. Por una dogmática conscientemente política. In COURTIS, Christian (comp.) **Desde outra mirada: textos de teoria crítica del derecho**. Buenos Aires, Eudeba, 2001, p. 202.

⁸⁴ O discurso jurídico é constituído na práxis hermenêutica conflitiva cotidiana, na qual se transformam os textos jurídicos em normas. Nesse processo de concretização, do qual participam tanto profissionais do direito quanto os diversos segmentos sociais, integram a estrutura da norma, que é o resultado e não o objeto da interpretação/aplicação, inúmeros elementos inerentes à historicidade fática, à cultura e às práticas jurídicas, que conduzem necessariamente os diversos influxos advindos desses outros campos e dos sistemas jurídicos paralelos ao estatal. (Cf. Friedrich MULLER, **Discours de la Méthode Juridique**. Paris, PUF, 1996.). Desta forma, “critérios técnico-formais próprios do positivismo” já estão sempre geneticamente integrados a certos “fundamentos ético-político-sociológicos” que excedem aos textos positivados. A pretensão de monopólio do direito do Estado nacional implica que este se obrigue a reconduzir, no interior de seu próprio discurso,

pretendidamente justa de conflitos práticos concretos e não à compreensão textual. E a superação do abismo entre a generalidade dos sentidos normativos e a singularidade complexa e irrepetível de cada situação demanda sempre o recurso a elementos que transcendem ao material normativo positivado.

É injustificada, assim, uma visão ingênua do direito, muitas vezes veiculada por quem pretende reduzi-lo para criticá-lo. Os direitos – e também os direitos “positivados” – não são algo prévio, *a priori*, nem um construído, mas um **construindo contínuo** na cumplicidade e responsabilidade da condição humana e que, nas palavras de Herrera, “se van creando y recreando a medida que vamos actuando en el proceso de construcción social de la realidad.”⁸⁵.

Daí decorre que também parece injustificado reduzir o sistema de direito a mera dimensão de garantia formal-procedimental do sistema político, como aparentemente pretende Dussel.⁸⁶ O direito somente se reduz a um instrumento formal da política ou da economia, se for entendido como idêntico ao conjunto de textos normativos produzidos pelo estado democrático. Como já se observou, porém, com Friedrich Müller, esses textos são incapazes de qualquer normatividade, se não forem transformados em normas. E para tanto é indispensável relacionar os textos com os elementos da realidade os quais não

aqueles campos e sistemas, sem os quais os textos normativos reconhecidos pelo Estado de Direito não se desenvolvem em normas. Assim, se permanecem relativamente exteriores ao sistema estatal, que nunca realiza sua pretensão de monopólio, tais campos e sistemas têm, por outro lado, sempre um potencial de recondução a ser explorado, constituindo a juridicidade estatal. Se, de um lado, não se deve reduzir o direito ao direito estatal moderno, recaindo em “absolutismo jurídico” (GROSSI, Paolo. **Mitología jurídica de la modernidad**. Madrid, Trotta, 2003), por outro lado não se sustenta que tal ressalva se dê à custa de um reducionismo da práxis jurídica estatal. Compreender o direito estatal como mero objeto de cognição e não como práxis conflitiva de construção normativa leva desprezar-se a sua complexidade.

⁸⁵ HERRERA FLORES, **El vuelo de Anteo**, p. 27.

⁸⁶ DUSSEL, **Hacia una filosofía política crítica**, p. 148-150. No mesmo sentido da crítica aqui formulada, TORRE RANGEL, Jesus A. De La. **Iusnaturalismo, personalismo y filosofía de la liberación: una visión integradora**. Sevilla, MAD, 2005, p. 167-169.

são meros objetos de apreciação pelo esquema normativo, mas sim elementos integrantes da própria estrutura da norma. Não há norma, assim, sem o trabalho intersubjetivo cotidiano e conflitivo de construção do sentido de uma pretensão de normatividade.

Tampouco se pode reduzir o direito, ainda que seja o direito do Estado, à dimensão institucional de conservação do sistema. Num nível teórico, essa redução não faria jus ao próprio sentido de normatividade que permite que o direito não seja pura facticidade, pura violência, mas se articule socialmente também em termos de legitimidade e abrigue pretensões de transformação. Para que se transcenda o mero confronto estatégico, a pretensão normativa precisa poder articular conservação e transformação. Libertação, reitera-se o já afirmado, não se restringe à transformação revolucionária, mas é também um processo cotidiano de criação de condições de possibilidade para a vida no interior do sistema.

Assim, nos três níveis de abstração (A, B e C) da arquitetônica de Dussel, o direito vigente também se enfrenta com genuínas questões de materialidade, legitimidade procedimental e factibilidade, subsumindo a ética e a política, nas quais se integra e devendo tomar a seu cargo a responsabilidade pelos efeitos concretos de suas decisões e omissões. Para isso, o campo jurídico subsume, agora como princípios propriamente jurídicos, os princípios éticos e políticos.⁸⁷

Desta forma, analogamente à ética e à política, pode-se vindicar para o direito uma pretensão própria e não meramente formal. Algo que se poderia

⁸⁷ Nesse mesmo sentido, LUDWIG, **Filosofia e filosofia do direito**, ob. cit., p. 94.

chamar de uma “**pretensão de bondade jurídica**”, como critério de dever jurídico, que corresponderia:

a) quanto ao âmbito **material**, à própria incorporação, pelo direito, do princípio de produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana, sem o qual um sistema jurídico, como mediação para a vida, seria autocontraditório. Este engate formal-material já foi positivado pelos estados constitucionais, sobretudo a partir do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento da esfera jurídica constitucionalizada – que pode ser lido como **critério hierarquizador** de toda a normatividade. Cabe desenvolver em termos mais concretos o sentido desse princípio no interior dos direitos. O recurso à teoria das necessidades e à dinâmica do reconhecimento, que se fez antes, pretende contribuir para isso;

b) do ponto de vista **formal-procedimental**, à coerência com o sistema estatal democrático de seleção de textos normativos, como razões necessárias (sempre insuficientes);

c) do ponto de vista de **factibilidade**, aspecto no qual os conteúdos válidos dos direitos se enfrentam com a sua necessidade de efetividade, na relação meios-fins, pelas quais os direitos devem ser capazes de **traduzirem-se em bens** que concretamente realizem as necessidades humanas, de modo sustentado, e em **interferir nas estruturas sociais de desiguais posições** na produção e acesso a esses bens. Entra, aqui, todo o sistema de garantias jurídicas, com vistas à eficácia dos direitos, mas também, a necessidade de reconstruir-se a própria fundamentação dos direitos no sentido de aprimorar a sua concretização.

Esse “sistema de direito vigente” tem já o **dever de assumir a responsabilidade pelos efeitos, a curto e longo prazo, de seus atos.** Primeiramente os previsíveis, cuja avaliação integra a própria pretensão de bondade jurídica do sistema. Depois, corrigindo-se quanto aos efeitos não previstos de sua aplicação ou de sua inefetividade.

Ainda uma outra precisão mereceria ser debatida, sendo aqui apenas enunciada. O contingenciamento que demarca o espaço da prática jurídica dogmática, pretende levar a sério o específico contexto de um sistema democrático de direito que seleciona textos normativos, como razões necessárias e insuficientes para as decisões jurídicas. Sendo esses textos normativos formulados por conceitos universais que, no entanto, levam em consideração apenas uma parcela limitada dos possíveis casos singulares, impõe reconhecer-se que somente um conhecimento infinito a uma velocidade infinita permitiria que uma norma estivesse suficientemente fundamentada para ser aplicada a todas as situações que correspondam à sua extensão semântica. Uma pretensão, por definição, impossível. Toda norma, por mais que expresse uma genuína pretensão de “bondade”, sempre produzirá, inevitavelmente, vítimas, que são aqueles que sofrem os seus efeitos negativos de negação de necessidades, de exclusão, injustiça, etc.⁸⁸ Por isso, por melhor que estejam fundamentadas, as normas jurídicas nunca o estão suficientemente para ser aplicadas a todas as situações que correspondam à sua hipótese de aplicação.

Daí decorre que um juízo jurídico, mesmo que considere apenas as normas vigentes e válidas, não pode se restringir a identificar a hipótese

⁸⁸ DUSSEL, *Ética da libertação*, p. 373.

normativa e a existência, na situação real, das características de fato previstas naquela hipótese. A identificação de que há pertinência semântica entre características reais da situação fática e a hipótese normativa não implica uma decisão definitiva pela aplicação da norma válida. Há sempre necessidade de realizar-se o que Klaus Gunther denomina de juízo de adequabilidade, pelo qual a decisão deve, como princípio regulativo, tomar todos os dados potencialmente relevantes da situação à luz de todos os critérios normativos do sistema jurídico.⁸⁹ Nessas condições, a adequabilidade pode implicar a não aplicação de uma norma, mesmo estando presentes características verdadeiras de sua hipótese normativa, cedendo lugar a aplicação de outra norma, com sentido normativo distinto da primeira e também semanticamente pertinente. Desse modo, desobstrui-se o discurso jurídico de um rigorismo abstracionista – na verdade baseado em interpretações-padrão – o qual identifica **pertinência semântica** com **adequabilidade** e que o impede de lidar com a complexidade normativa contemporânea e de considerar os efeitos concretos das decisões.⁹⁰ Esta é uma das condições metodológicas necessárias para uma dogmática jurídica crítica.⁹¹

⁸⁹ GÜNTHER, Klaus. **The sense of appropriateness: application discourses in morality and law** (transl. John Farrel). New York, SUNY Press, 1993.

⁹⁰ A questão foi debatida pelo autor em WANDELLI, **Despedida abusiva**, especialmente p. 238-290 e 306-313.

⁹¹ É certo que o princípio de impossibilidade também se aplica à decisão jurídica singular. A começar porque uma adequabilidade perfeita, que leve em consideração todas as características da situação à luz de todos os possíveis critérios normativos somente vale como princípio regulativo, cuja realização integral é impossível. Por isso, a constante correção da jurisprudência, à luz da interpelação dos afetados (vítimas) é indispensável. Diante da constatação da impossibilidade do discurso jurídico assumir a condição de discurso da verdade, releva considerar a proposta de Alexandre MORAIS DA ROSA em identificar a construção processual da “verdade” protagonizada pelas partes e pelo juiz, como um trabalho de bricolagem de significantes. Neste, são explicitamente assumidos a dimensão ética da decisão, por não estar esta garantida por nenhum método, e a necessidade de desnudamento da visão de mundo e dos supostos teóricos a partir do qual o juiz, após a instrução processual em contraditório, articula e encadeia o “mar de significantes” rumo à construção da decisão, por meio da fundamentação. Esta se assume como atividade literária, de jogo de significantes. Aquilo que deve presidir esse trabalho do juiz é a responsabilidade com o Outro que impõe a busca da realização do

2.7. A perspectiva diatópica: o caráter crítico da dogmática

Reinvidica-se, então, que esse esforço de desenvolver as potencialidades emancipatórias do direito, inclusive do direito do Estado, seja também – mas não só – um trabalho da **dogmática jurídica**. Sugere-se que seja esta a intencionalidade buscada neste texto pelo leitor. Mas se trata, aqui, de uma dogmática jurídica que ao mesmo tempo se pretende **crítica**.

Inegável que se pode objetar que se está com isso anunciando um estranho oxímoro, uma contradição em termos. Contudo, tem-se que não há outra forma de compreender o labor daqueles que, ao atuar como profissionais do direito, tomam em consideração a contingência de um determinado sistema jurídico específico e procuram elaborar o seu sentido normativo, mas sem perder de vista que o direito é uma mediação para a vida. Por isso, levam em consideração que o direito sempre produz vítimas, ou seja, negatividades concretamente vivenciadas e, portanto, além de momentos de conservação, assumir a responsabilidade para com as vítimas implica necessários momentos de transformação. A negatividade das vítimas é que fundamenta a crítica à dogmática jurídica tradicional, assim como a possibilidade de uma dogmática jurídica crítica.

É o cotidiano de negação da vida no trabalho que põe a necessidade de uma reconstrução dogmática do direito ao trabalho. Seja a

critério material universal, formulado por Enrique Dussel. “Inaugurada a cadeia de significantes, desliza-se... Nesse lugar indireto, fragmentário, suspenso de sentidos projetados, o escritor/jurista deve deslocar estrategicamente, na condição de ‘bricoleur’, o jogo dos significantes, diante das pretensões de validade pelos outros e do Outro, subornando as possibilidades de sentido na busca da realização do critério material de Dussel.” MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2006, p. 377.

realidade de miséria e exclusão daqueles que não têm acesso ao trabalho, seja a realidade de opressão e desrealização daqueles que, trabalhando, não têm no trabalho as condições para a realização de uma vida digna.

Para explicitar a possibilidade de um caráter crítico da dogmática jurídica, como aqui se o entende, vai-se recorrer às noções de ponto de vista interno e ponto de vista externo. Num primeiro momento vai-se diferenciar essas noções do sentido que lhes dá Luigi Ferrajoli, o que ajudará a evitar mal-entendidos. No segundo momento, o sentido intersubjetivo dos participantes do direito, já estabelecido por Herbert Hart, vai ser esclarecido com a ajuda das diferentes perspectivas frente a um sistema, a partir de uma formulação de Kerchove e Ost, que será, então, apropriada para o contexto conceitual deste trabalho mediante uma reelaboração.

Para Ferrajoli, a (des)legitimação ético-política do direito e do Estado se dá do ponto de vista unicamente externo. Este expressa os valores extra, meta ou pré-jurídicos fundamentantes, ou seja, os interesses e as necessidades naturais individuais e coletivas cuja satisfação representa a razão de ser dessas coisas artificiais que são as instituições jurídicas e políticas.⁹²

Já na perspectiva da filosofia da libertação, que neste aspecto se acolhe, essa identificação do ponto de vista externo com conteúdos axiológicos exteriores ao direito torna-se, quando menos, equívoca. Primeiro, por considerar inteiramente exterior ao direito aquilo que é o seu fundamento, cortando a atuação que o próprio fundamento tem no interior do direito. Segundo, por reduzir esse

⁹² FERRAJOLI, **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**, 3ª ed., Madrid, Trotta, 1998, p. 851-957.

fundamento a mero valor, enfraquecendo assim sua força normativa.⁹³ As duas objeções se explicitam a partir da concepção de Dussel de que não há propriamente um “direito à vida”. Há direito à sobrevivência ou à permanência em vida e aos conteúdos necessários à vida, mas “ter” um direito é algo já materialmente determinado pela condição de sujeito vivente que é anterior a qualquer direito. Só sujeitos viventes têm direitos e assim a vida é materialmente fundante, como critério e como princípio normativo, de todo direito. A vida não é um fim entre outros, mas o modo de realidade vivente a partir do qual se abre, para todos e cada um dos sujeitos, os fins possíveis. Por isso, a vida humana, o sujeito vivo, não tem valor, ou seja, não é uma mediação, e sim tem dignidade, que funda todos os valores como mediações para a vida.⁹⁴ A partir daí, Dussel elabora um critério e um princípio material universal – não portanto, um contingente valor – que deveria ser subsumido também na esfera jurídica.

Desde essa perspectiva, o ponto de vista externo ao direito que aqui se pretende ressaltar não é o ponto de vista das necessidades da vida humana, veiculadas pelas esferas da política e da moral, as quais tampouco se resumem a valores, como entende Ferrajoli. É certo que, do ponto de vista da filosofia da libertação, é essencial compreender a economia, a política, o direito, como mediações para a vida. “O sábado foi feito para o homem e não o homem para o sábado”. E, como visto, há sempre um excesso de sentido pelo qual as exigências das necessidades dos sujeitos concretos sobram às instituições existentes. As instituições são mediações necessárias, mas constitutivamente

⁹³ Revelam-se, aí, fragilidades que decorrem do “positivismo crítico” de Ferrajoli.

⁹⁴ DUSSEL, **Hacia una filosofía política crítica**, p. 271-272.

insuficientes frente às aquelas exigências. Mas essa relação não pode ser representada como um ponto de vista externo, veiculado pela moral e pela política em relação ao ponto de vista interno, do “direito positivo”. As pessoas e a sociedade não podem ser compreendidas como referências externas do direito, enquanto mediação para a vida, já que é a vida concreta, a vida de cada sujeito humano em comunidade, que determina materialmente a normatividade jurídica. Não são, portanto, fundamentos externos do direito ou, melhor esclarecendo, ainda que mantenham uma esfera de exterioridade ao direito, enquanto irredutibilidade, também o determinam materialmente, por dentro.

Essa é uma assertiva que pode ser assumida, abstraindo-se dos sistemas jurídicos concretos, desde a perspectiva de uma teoria geral do direito eticamente articulada. Mas também torna-se uma afirmação necessária, do ponto de vista de uma dogmática jurídica, a partir do momento em que um dado sistema constitucional incorpora a dignidade da pessoa humana como fundamento e ponto de inflexão da ordem normativa.

Por fim, caberia dizer que, ao se considerar a inteireza dos processos sociais de concretização dos textos normativos, ou seja, de transformação de textos vigentes em normas, como descrito por Müller, não há nunca como considerar o direito como idêntico a si mesmo ou a esse conjunto de textos. Resulta inevitável que os participantes do processo jurídico conduzam para o interior do direito, como elementos integrantes da estrutura da norma, ou seja, como elementos do processo de positivação, os pontos de vista externos, no sentido de Ferrajoli, embora o façam sempre contingenciados pela possibilidade imputação desses conteúdos à estrutura textual do Estado democrático.

Ponto de vista interno e externo, então, são aqui tomados não em relação aos conteúdos normativos, mas em relação à opção por assumir ou não a posição de participante de um dado sistema de direito.

O ideal de **sistematização** é uma característica do direito ocidental moderno, sem a qual não se pode compreendê-lo.⁹⁵ Compreender essa pretensão de sistematicidade exige, porém, precisar: **a)** se a noção de sistema é tomada como referência objetiva ou intersubjetiva; **b)** qual é o lugar em que se põe aquele que afirma ou nega a existência de um sistema jurídico; e **c)** qual a sua intencionalidade ao fazê-lo.

Sob o primeiro aspecto, o atributo de sistematicidade pode se referir tanto ao direito como objeto de conhecimento, quanto à ciência que o descreve. Por exemplo, os Critical Legal Studies notabilizaram, em sua crítica, a ausência de sistematicidade objetiva do direito, dos textos legislativos, das decisões judiciais, das opiniões dos juristas. Contudo, isso não impede que se possa afirmar um conhecimento científico – sociológico, antropológico, etc. – sistemático, de um objeto jurídico que, por si, não é sistemático.

Sob o segundo aspecto, Kerchove e Ost, retomando um modelo estabelecido por Hart⁹⁶ e influenciado pela noção de jogos de linguagem do segundo Wittgenstein, afirmam que se pode tratar do direito segundo um ponto de vista **interno**, **externo radical** e **externo moderado**. O ponto de vista interno corresponde àquele do participante do discurso jurídico, que compartilha a pré-

⁹⁵ KERCHOVE, Marc Van de e OST, François. **Le système juridique entre ordre et désordre**. Paris, PUF, 1988, p. 19-22. As características básicas da sistematicidade são: unidade e ordenação. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**, Lisboa, FCG, 1989, p. 9-12.

⁹⁶ HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**, Lisboa, FCG, 1986, p. 98-101.

compreensão que já é subjacente ao direito vivenciado num certo contexto. Esse é o ponto de vista do julgador, daquele que se propõe a cumprir o direito, ou da doutrina jurídica. Um ponto de vista externo pretende assumir o lugar do observador, do “cientista”, que adota uma ruptura epistemológica de distanciamento em relação ao conhecimento compartilhado em seu objeto de estudos a ser descrito. Um ponto de vista externo radical implica desconsiderar absolutamente as pretensões normativas e descritivas assumidas no âmbito do ponto de vista interno e as exigências de sistematicidade daí advindas, reconstruindo integralmente o discurso sobre o direito, como o fazem algumas teorias marxistas e realistas. Com isso, o que se ganha em poder explicativo, perde-se em poder de compreensão do fenômeno jurídico. Já um ponto de vista externo moderado, procura compreender o ponto de vista interno e suas exigências de sistematicidade, sem adotá-lo e sem pretender assumir o papel de produzir as pretensões de sistematização requeridas pelo ponto de vista interno.⁹⁷

Sob o terceiro aspecto, pode-se indagar se a intencionalidade daquele que afirma ou nega a sistematicidade do direito é descritiva ou normativa. Um discurso sociológico, ao se colocar no ponto de vista externo, radical ou moderado, tem uma intencionalidade descritiva. Já uma filosofia da justiça que não se vincule à contingência de um sistema concreto pode se colocar do ponto de vista externo, criticando com intencionalidade normativa os sistemas jurídicos existentes. Da mesma forma, Herrera Flores, por exemplo, em sua Teoria Crítica dos Direitos Humanos, assume, em grande medida, esse ponto de vista externo,

⁹⁷ KERCHOVE e OST, ob. cit., p. 26-30. Ressalta-se que essa designação não se confunde com a contraposição entre os conhecidos sistema interno e externo estabelecida por Phillip Heck.

com intencionalidade normativa – ainda que se alimente de inúmeros momentos “descritivos”. Propõe-se a reapropriar-se do discurso dos direitos humanos desde uma filosofia ético-política não colonialista, que desmistifica o jusnaturalismo descontextualizante e politicamente neutralizador do direito. Ao mesmo tempo, pretende reconstruir o espaço político de capacitação (empoderamento) dos sujeitos para realizar seus próprios projetos de vida digna.⁹⁸

Pois bem, o que ocorre, a esse respeito, na dogmática jurídica ? A dogmática jurídica tradicional confundiu essas diversas questões. Por pretender-se uma ciência descritiva e sistemática que ao mesmo tempo se confundia com o seu objeto – uma ciência do direito que é integrante do plano normativo jurídico –, misturou intencionalidades, sustentando uma inadequada metodologia teórica para a finalidade eminentemente prático-normativa do direito⁹⁹, ao passo que ignorou o ponto de vista externo.

Porém, uma dogmática jurídica crítica, aliviada dos encargos do cientificismo, pode assumir a intencionalidade prático-normativo-concreta do direito desde um **ponto de vista interno moderado** – diversamente do ponto de vista externo moderado do sociologismo jurídico compreensivo de Kerchove e Ost. Isso significa assumir a pretensão de sistematicidade dos participantes do direito, buscando resgatar continuamente a pretensão de justiça inerente ao próprio ato de regularem-se e decidirem-se juridicamente problemas concretos. Mas – e por isso é crítica – alimenta-se permanentemente dos aportes críticos dos diversos

⁹⁸ Ver HERRERA FLORES, **El vuelo de Anteo**. Idem. **Los derechos humanos como productos culturales**.

⁹⁹ A respeito, CASTANHEIRA NEVES, António. Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma reposição crítica. Coimbra, Almedina, 1967, p. 906-910 e *passim*.

pontos de vistas externos, que expressam as negatividades concretamente vividas pelos afetados, reconduzindo-os internamente e atuando responsavelmente ante os efeitos concretos do direito, nos limites complexos do específico sistema jurídico.

Sistematicidade, assim, é uma ideia regulativa ética e politicamente assumida pela dogmática – como na *chain of law*, de Dworkin – e de cujo caráter se deve ter consciência,¹⁰⁰ mas que deve estar sempre conectada à responsabilidade pelos efeitos negativos da aplicação e da inefetividade do sistema de direito. O direito existe para os seres humanos e não os seres humanos para o direito.

A crítica externa ao direito, que nos permite inseri-lo nos contextos reais das relações de poder, de produção e distribuição dos bens materiais e imateriais, é fundamental. Porém, não exime de prosseguir o contínuo processo de reconstrução institucional dos direitos, inclusive do ponto de vista jurídico interno. Apesar dos imensos desafios das relações de poder na sociedade global de mercado, tanto os obstáculos quanto as ferramentas para direitos humanos na concretude da vida cotidiana ainda estão, em boa parte, no material de trabalho dos juristas dogmáticos que assumem a sistematicidade como ideia regulativa. A debilidade do sistema positivado de garantias deve-se também à docilidade da dogmática tradicional, que produz – por motivos de ingenuidade dogmática, abstracionismo conceitualista ou por sobredeterminação cínica – um discurso

¹⁰⁰ Ver, sobre o caráter utópico dos conceitos, HINKELAMMERT, Franz. **Crítica de la razón utópica**. Bilbao, Desclée de Brouwer, 2002, especialmente p. 311-314. Sobre as ficções e a filosofia do como se (als ob), na obra de H. VAHINGER, e sua influência na obra de Kelsen, ver FARIÑAS DULCE, Maria J., “La “ficción” en la teoría jurídica de Hans Kelsen”, in **Revista Crítica Jurídica**, n. 18 (jun/2001), Curitiba, CESB-FIDH-US-UNAM, p. 1-5.

jurídico funcional ao capital. Fica, assim, inerte ante o *input* normativo que significa erigir a propriedade e o contrato como direitos fundamentais absolutos e incapaz de significar juridicamente a subsunção da sociedade e da natureza pelo mercado.

Numa perspectiva crítica, ao revés, projeta-se uma **dogmática jurídica diatópica**, que rearticule, desde a perspectiva interna, os aportes do ponto de vista externo, das vítimas, conduzidos tanto pelas interpelações dos movimentos sociais, quanto pelas ciências sociais críticas¹⁰¹ e seja capaz de assumir a responsabilidade ante as negatividades produzidas pela inversão ideológica dos direitos.¹⁰² Situar as reivindicações em torno do direito vigente como adesão global ao sistema, que acaba legitimando-o¹⁰³, é uma falsa problematização, pois, nunca há adesão nem legitimação integral, como não há nunca ação puramente racional ou estratégica.¹⁰⁴ O desafio crítico é sempre situar a institucionalidade em função da vida concreta das pessoas, articulando o “dentro” e o “fora”.

Ou seja, embora situando-se no ponto de vista interno de um dado sistema de direito particular – o contexto atual do sistema jurídico estatal brasileiro, em suas relações com os demais sistemas jurídicos e com todo o seu conteúdo político, histórico, ético, econômico – que não estão somente “ao lado”, mas também são elementos integrantes desse “direito” – busca-se: **a)** evidenciar

¹⁰¹ Sobre o conceito de ciência sociais críticas, ver DUSSEL, **Hacia una filosofía política crítica**, p. 315-318.

¹⁰² Repare-se que os *topoi*, aqui, não correspondem a premissas argumentativas contextualmente vinculadas, como na hermenêutica diatópica de Boaventura Santos, que procura a identificação de equivalentes isomórficos que propiciem o diálogo entre distintas culturas. Em nosso caso, trata-se de desenvolver métodos e estratégias capazes de deslocar o intérprete do ponto de vista do participante do sistema para o ponto de vista das vítimas, sensibilizando-o a ouvir o seu reclamo.

¹⁰³ Como assim o faz GUTIÉRREZ, German, in HERRERA FLORES, ob. cit., p. 186-187.

¹⁰⁴ Para uma refutação dessa visão simplista de adesão, no que concerne à dogmática jurídica, ver BOVINO e COURTIS, ob. cit.

os contextos de negatividade e vitimização em que se insere a prática jurídica e em especial de direitos humanos e fundamentais, para, **b)** a partir daí, contribuir para a reconstrução de uma dogmática jurídica crítica que, consciente desses processos de vitimização, exija e potencialize a pretensão de justiça do próprio sistema à luz da constante interpelação advinda da negatividade material identificada desde o ponto de vista externo das vítimas.

Antes de tudo, sensibilizar-se, deixar-se afetar pelo drama social e ouvir atentamente a cada reclamo do Outro – *audiatur altera pars*. Mas também relutar em precipitar o julgamento no primeiro impulso. Fazer do direito um saber prudente da vida, trazendo para dentro dele os saberes das demais ciências que põem em dúvida as certezas da visão jurídica de mundo e veiculam, por outras vias e de forma traduzida, o grito, ora abafado, ora estridente, dos sujeitos quando esmagados. E que a resposta, então, venha com coragem e astúcia, a serviço da vida.

De certa maneira, encontra-se similitude entre o que se vem sustentando e a perspectiva de José Luiz Monereo Pérez de uma “ciência jurídica integrada”. Para o renomado juslaboralista espanhol, também se trata de articular o ponto de vista interno, da dogmática tradicional que procura compreender o direito positivo, com o ponto de vista externo, das ciências sociais explicativas da formação social global em que se insere o direito. Em que pese se possa ver, aí, uma certa simplificação, de um lado, do caráter igualmente compreensivo e normativo das ciências sociais e, de outro, dos aspectos descritivos da ciência jurídica em sua intencionalidade prática, o fundamental da compreensão desse autor é a sua defesa de uma ciência jurídica integrada,

[...] conocimiento este que solo se puede conseguir si junto al análisis normativo de Derecho se actúa también el punto de vista 'externo', sociológico-jurídico, orientado a explicar el por qué del Derecho a través del análisis histórico de 'lo jurídico' y el funcionamiento y los efectos reales del derecho como un cierto nivel de la estructura social total. Este planteamiento es coherente con la consideración de que el material normativo no agota la realidad jurídica. De este modo, centro de interés para el jurista científico debe ser tanto el derecho positivo (en su carácter de 'discurso construido' desde el punto de vista interno; Hart) como la realidad social en la que se inserta. [...] Todo ello conduce a la propuesta de una ciencia jurídica integrada que de cuenta de la doble perspectiva 'interna' y 'externa' del Derecho y del fenómeno jurídico en general que se muestre capaz de afrontar la resolución de muchas pretendidas cuestiones aporéticas en Derecho.¹⁰⁵

A esses aspectos, deve-se acrescentar, do ponto de vista de uma dogmática jurídica e crítica, a sua **intencionalidade** que é eminentemente prático-judicante e não, propriamente, compreensiva. O grande desafio para uma tal dogmática crítica como aqui se concebe – que é apenas uma pequena parte da práxis jurídico-política – está em conseguir manter, com igual eficácia, os dois momentos desse posicionar-se diatopicamente entre o dentro e o fora de determinado sistema jurídico. De um lado, sem perder o sentido interno do proceder reconstrutivo pelos participantes do direito – o **habitus** dos agentes que jogam no campo jurídico, para utilizar as expressões de Bourdieu.¹⁰⁶ É esse o procedimento habitual da dogmática jurídica, cuja argumentação sempre parte de determinado sistema jurídico concreto. De outro lado, porém, é preciso ser capaz,

¹⁰⁵ MONEREO PÉREZ, José Luiz. **Introducción al nuevo derecho del trabajo: una reflexión crítica sobre el derecho flexible del trabajo**. Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 336.

¹⁰⁶ BOURDIEU, Pierre. **Poder, derecho y clases sociales**. 2ª ed., Bilbao, Desclée de Brouwer, 2001, p. 165-223.

ao mesmo tempo, de transportar-se para o ponto de vista externo, que é o ponto de vista das vítimas de um dado sistema de direito. É esse ponto de vista que interpela e realimenta a transformação da prática jurídica da totalidade, irrompendo na pretensa ordem justa a interpelação da injustiça experimentada pela vítima.

Sem essa abertura, que implica uma capacidade de deslocar-se do próprio centro, o discurso jurídico apenas reproduz o Mesmo, para o qual a realidade concreta do Outro só existe enquanto reduzido à totalidade que o domina. O Outro, a Vítima, a Exterioridade, são invisibilizados em sua negatividade. O direito, assim, como mediação necessária para a reprodução e desenvolvimento da vida, serve à negação da sua própria razão de ser.

Duas categorias de vítimas, analiticamente discerníveis, mas materialmente implicadas, podem ser especificadas, conforme já se ressaltou: as vítimas segundo o sistema, ou seja, as vítimas cujo critério de negatividade é reconhecido como tal pelo sistema jurídico, e as vítimas do sistema, ou seja, as vítimas invisíveis, pois o critério da injustiça que sofrem não é reconhecido pelo sistema, ao revés, são vítimas da correta aplicação do próprio critério por ele reconhecido.¹⁰⁷ A tarefa cotidiana da dogmática jurídica é a de explorar as potencialidades de justiça do sistema e sua capacidade de dizer a injustiça segundo seus próprios parâmetros, desenvolvendo os critérios normativos reconhecidos e os instrumentos jurídicos de garantia e imposição.

Não pode, porém, perder de vista o processo global, no qual o direito se insere, que, atualmente, continua sendo o desenrolar do “grande relato”

¹⁰⁷ WANDELLI, *Despedida abusiva*, p. 32 e ss.

do modo capitalista de acumulação de valor e produção do mundo.¹⁰⁸ Assim dimensionadas, as vítimas segundo o sistema jurídico são igualmente vítimas desse sistema global.

Agora é possível reler, com este sentido, a intencionalidade que move este trabalho, desde a identificação das aporias do direito ao trabalho e o esforço de abrir caminhos para a reconstrução de sua fundamentação, até o intento de desenhar as potencialidades dogmáticas para a sua concretização, que é o objeto do capítulo seguinte.

¹⁰⁸ HERRERA FLORES, *Los derechos humanos como productos culturales*, p. 152.

Capítulo 5. O DIREITO AO TRABALHO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Recuperemos agora, numa rápida síntese, o percurso transcorrido até aqui. Principiou-se propondo enfrentar os aspectos jurídicos da inefetividade do direito ao trabalho remontando ao indispensável repensar de sua fundamentação. O direito a um trabalho reduzido pela modernidade capitalista leva a um beco sem saída. Para encontrar um caminho mais frutífero, propôs-se um deslocamento para além do enclausuramento e silenciamento do trabalho como direito, mediante a recuperação da dimensão do trabalho vivo, como corporalidade criadora de valor e irreduzível à subsunção total. Uma categoria a partir da qual se propõe, reabilitando no interior do discurso jurídico a tensão entre trabalho vivo e trabalho abstrato, objetivado, subsumido, voltar a situar o direito ao trabalho de modo mais profícuo inclusive no interior das relações de trabalho assalariado contemporâneas. Articulam-se, aí, uma dimensão institucional e uma dimensão crítica dos direitos humanos. Estes, para atuarem, dependem de institucionalizarem-se, alterando e aprimorando as instituições existentes. Mas sempre excedem as instituições, servindo de critério de discernimento frente a quaisquer instituições.

Para vincular o trabalho à fundamentação dos direitos fundamentais, foi-se buscar na teoria das necessidades um desenvolvimento de critérios normativos que permitam ancorar os direitos humanos e fundamentais e especialmente o direito ao trabalho na materialidade da racionalidade reprodutiva dos sujeitos. Assim, recupera-se a dimensão material profunda do trabalho, como

necessidade primeira para uma participação autônoma e crítica em qualquer forma de vida factível. Isso permite fundamentar o caráter materialmente fundamental do direito ao trabalho e sua absoluta importância no quadro dos direitos. Mas, também, contribui para explicitar o seu conteúdo juridicamente exigível, mesmo no interior de uma sociedade capitalista e nos marcos de um sistema jurídico que se conforma com alguma variante dessa sociedade. Portanto, trata-se de um direito ao trabalho que aponta para uma “necessidade radical” de transformação das estruturas sociais, mas que não negligencia as possibilidades de sua reivindicação, pelo menos quanto aos seus aspectos mais elementares, nos marcos da institucionalidade vigente. A realização ótima das necessidades relacionadas ao trabalho, nas quatro vertentes destacadas, aparece, então, como dever jurídico que preenche materialmente o direito ao trabalho.

O trabalho assalariado e o seu reconhecimento jurídico tiveram um papel central na mediação da construção contínua das subjetividades, ainda que essa tenha sido uma experiência excludente de formas não capitalistas de trabalhar. A manutenção de expectativas normativas de reciprocidade e reconhecimento no trabalho e a negação desse reconhecimento são, simultaneamente, pressupostos contraditórios da reprodução do sistema. Exibe-se, aí, o caráter dual do direito ao trabalho, como instituição funcional e como espaço de luta por reconhecimento e de mobilização frente ao desrespeito. No contexto atual, porém, marcado pela ausência de uma perspectiva de compromisso, a perda de vigência do marco da sociedade salarial, como modelo regulativo para o desenvolvimento do direito do trabalho, inviabilizam que o trabalho assalariado, como limite de sentido objetivo e subjetivo da noção de

trabalho, continue cumprindo exclusivamente essa contraditória função de (mau)reconhecimento.

É preciso, assim, reconceber a tarefa da dogmática jurídica do trabalho em mediar a realização das necessidades. Esses aspectos constituem os diversos momentos da tarefa de reconstrução da fundamentação do direito ao trabalho. Um esforço indispensável para a concretização do sentido social desse direito, momento necessário, ainda que só parcialmente suficiente, para a realização da sua força normativa. Essa tarefa, tomada agora no âmbito mais restrito do campo de trabalho da dogmática jurídica, somente pode ser levada a cabo mediante uma abertura desse campo, para sensibilizar-se às exigências da realidade das vítimas. Em torno desse objetivo foram concebidos alguns lineamentos para os pressupostos epistemológicos de uma dogmática jurídica crítica, a qual incorpora uma pretensão de juridicidade que subsume os princípios éticos e políticos hauridos da filosofia da libertação.

Pois bem, considerando-se que a perspectiva de contínua aquisição de benefícios no interior das relações assalariadas deu-se sob um conjunto de prejuízos que reafirmaram a redução do sentido do trabalho na modernidade capitalista, sendo necessário resgatá-los do silêncio para submetê-los à crítica, trata-se agora de apontar os primeiros passos para a recriação dos espaços jurídicos de reapropriação do trabalho.

Cumprida a tarefa de reconstrução da fundamentação do direito ao trabalho como categoria utópico-crítica e como categoria jurídico-institucional, mediante sua reconexão com a realização das necessidades e com a dinâmica do reconhecimento-desrespeito, e consideradas as condições epistêmicas para uma

dogmática jurídica crítica, cabe agora caracterizar, em termos jurídico-dogmáticos, a estrutura normativa do direito fundamental ao trabalho no contexto jurídico específico do sistema constitucional brasileiro.

Chegando-se até este ponto, logo vem a sensação de que a amplitude e profundidade das exigências relacionadas ao trabalho humano, expressadas nos capítulos anteriores, remetem para uma profunda transformação da institucionalidade vigente e até mesmo recomendam o abandono do campo jurídico dogmático, onde não haveria nada de importante a fazer. O que agora se propõe é que o labor dogmático relativo ao direito ao trabalho, embora limitado, não é nada desprezível, em termos de aprimoramento institucional e compromisso de tomar a cargo e levar a sério a dignidade humana de todos os humanos e em especial daqueles que vivem do trabalho.

Claro que, por se tratar de um direito extremamente amplo e complexo, não se vão explorar as minúcias de cada aspecto prático e teórico em que pode estar envolvido o direito ao trabalho em um problema jurídico. Cada um dos pontos abaixo poderia ensejar uma monografia autônoma. Vai-se priorizar, assim, o rascunhar dos contornos essenciais da figura desse direito, na expectativa de fazer vislumbrar as potencialidades de sua concretização no contexto brasileiro atual, com vistas a prepara ulteriores desenvolvimentos.

O primeiro passo está na identificação do material textual e normativo positivado na Constituição da República, em normas internacionais e legislação ordinária, relativos ao direito ao trabalho. A seguir, passa-se a desenhar a estrutura de conteúdo do direito ao trabalho, com vistas a apontar, indicativamente, para as perspectivas de sua concretização dogmática.

5.1. O direito ao trabalho na Constituição de 1988¹

Uma primeira clarificação necessária a essa aproximação: adota-se aqui a distinção, já amplamente assimilada na teoria jurídica brasileira recente e especialmente no âmbito da doutrina constitucionalista, entre **texto** e **norma**. Como explicitado modelarmente por Friedrich Müller, já referido no item 4.2.1, supra, a norma jurídica é o resultado do processo hermenêutico de construção de sentido normativo, para o qual o texto legislativo é apenas a “ponta do iceberg”.² Os textos de normas publicados nos diários oficiais não são normativos, não são capazes de impor uma solução a qualquer caso, mas consistem apenas nos dados iniciais do trabalho de concretização.³ Um processo complexo e estruturado que, para o autor alemão, é integrado não só pelo conjunto de dados extraídos do material positivado nos textos jurídicos (programa normativo), como também dos elementos da realidade social, gerados ou não pelo direito, e tomados em consideração, selecionados e valorados pelo programa normativo.⁴

Da não identidade entre texto e norma pode-se extrair que há normas sem referência direta a um dispositivo legislativo ou deduzidas de um conjunto de dispositivos. Este é o caso, por exemplo, do direito ao trabalho na Lei Fundamental alemã, omissa em matéria de direitos sociais, sendo tal direito

¹ Para um retrospecto sobre o direito ao trabalho nos textos constitucionais brasileiros anteriores, ver FONSECA, Maria Hemília, **O direito ao trabalho**, ob. cit., p. 123-135.

² MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional** (trad. Peter Naumann). 2ª ed., São Paulo, Max Limonad, 2000, p. 53.

³ Idem, **Discours de la méthode juridique** (trad. Oliveir Jouanjan). Paris, PUF, 1996, p. 186.

⁴ Idem, ibidem, p. 191 e 355. Idem, **Métodos de trabalho do direito constitucional**, p. 57-58. Como já aduzido, a utilização das noções de concretização e distinção entre texto e norma não significam, aqui, a adoção da metódica estruturante de Friedrich Müller.

deduzido do princípio do Estado social e da liberdade de profissão prevista no art. 12.⁵ Bem assim, há textos normativos dos quais não se extrai nenhuma norma ou, ao revés, dão lugar a diversas normas diferentes. É essa diferenciação que o Supremo Tribunal Federal reconhece, ao proferir a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, declarando inconstitucionais algumas possíveis normas decorrentes de um texto legislativo, que fica intacto em sua literalidade, por permitir algum outro sentido normativo compatível com a constituição.⁶ Na síntese de Ávila: “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas no seu resultado.”⁷

É nesse sentido que se trata, aqui, da concretização do direito ao trabalho, um esforço que traz consigo toda a reconstrução de sua fundamentação feita no percurso antecedente, ao fim de “acordar” os textos de normas para promover a sua força normativa, conforme explicitado no item 4.2.

Principiemos, então, com uma distinção relevante para explicitar o próprio objeto que se pretende situar no texto constitucional.

O direito fundamental **ao** trabalho não é idêntico ao direito fundamental **do** trabalho. Embora entre ambos haja grande intersecção, há também pontos de distinção que asseguram a autonomia entre ambas as categorias.

⁵ SASTRE IBARRECHE, p. 71.

⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8ª ed., São Paulo, Malheiros, 2008, p. 30-31.

⁷ Idem, ibidem.

A superposição entre essas duas categorias se deve a que o direito do trabalho, apoiado em normas constitucionais e infraconstitucionais, ao estabelecer um padrão essencial de regulação do assalariamento e de proteção das pessoas que vivem do trabalho, realiza objetivos eminentemente constitucionais e concretiza diversos comandos da Constituição. Parece evidente, malgrado negligenciada em muitos manuais de direito constitucional, a constatação de que, como diz Polanyi, “a organização do trabalho é apenas um outro termo para as formas de vida do povo comum”⁸. É no trabalho e na sua ausência que se jogam as possibilidades de participação societária, reconhecimento, realização das necessidades, escolha e consecução de um projeto de vida, integração cultural e a perspectiva cotidiana de transformação das estruturas econômico-sociais. Em suma, grande parte de tudo que ocorre de mais relevante no tempo de vida dessas pessoas.

A prestação entregue pelo trabalhador ao disponibilizar sua força de trabalho, leva consigo, inseparável, a pessoa do trabalhador, o trabalho vivo. A separação entre tempo de trabalho e tempo de vida é, portanto, mera negação da vida no trabalho. E a ausência de possibilidade de trabalho é ausência de possibilidade de vida digna. Por isso a proteção jurídica do trabalho é essencial para a proteção e respeito à dignidade humana. Portanto, uma constituição e um direito constitucional que não estejam intensamente vinculados ao mundo do trabalho estão alheios à vida concreta da maioria das pessoas. Como ressalta Maurício G. Delgado, “a construção da democracia ocidental fez-se em sintonia com a construção do próprio Direito do Trabalho, atingindo seu clímax com o

⁸ POLANYI, *A grande transformação*, p. 97.

período de incorporação constitucional dos direitos fundamentais do trabalho, no pós-guerra na Europa Ocidental.” Para o bem e para o mal, foi com o direito do trabalho assalariado juridicamente protegido que se alcançou – no espaço-tempo capitalista – o patamar histórico mais elevado de valorização das grandes majorias populacionais. Daí que “a noção histórica de direitos fundamentais do trabalho aproxima-se da própria noção de Direito do Trabalho”.⁹

Assim, o direito do trabalho como um todo, incluindo-se normas constitucionais e infraconstitucionais, desenvolve normativamente diversos aspectos de direitos fundamentais das pessoas que vivem do trabalho assalariado na sociedade capitalista, marcado pela estrutural desigualdade de poder. Pode-se mesmo falar de normas legais trabalhistas materialmente jusfundamentais, ainda quando não formalmente jusfundamentais.¹⁰ É o caso, por exemplo, da própria definição jurídica de emprego, decorrente dos dispositivos dos arts. 2º e 3º da CLT, que é o conceito pressuposto para a incidência de diversos dos direitos fundamentais previstos no art. 7º da Constituição.¹¹ Outro exemplo de norma infraconstitucional materialmente jusfundamental é a proibição de motivar a dispensa do trabalho por motivo de sexo (art. 373-A, II, da CLT), como explicitação

⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Direitos fundamentais na relação de trabalho**. In. SILVA et alii (coord). Direitos humanos: essência do direito do trabalho. São Paulo, LTr, 2007, p. 68-69.

¹⁰ Para as noções de jusfundamentalidade formal e material, ver SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 75-165. Uma visão alternativa, sob a ótica da democracia deliberativa, encontra-se em SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 225-258. Não obstante, corrobora-se a afirmação deste, p. 252, em que “as normas que regulam, p. ex., os contratos de trabalho podem exibir fundamentalidade material por constituírem garantias da ‘liberdade real’ dos trabalhadores frente ao poder econômico dos empregadores.”

¹¹ No direito comparado, o TC da Espanha, na STC 227/1998 entendeu que, embora a definição de trabalho por conta alheia não esteja presente na Constituição, “eso no significa que el legislador tenga libertad plena para declarar no laboral una prestación de servicios determinada, sino que esta acción que debe llevar a cabo el legislador está vinculada por las notas caracterizadoras de la relación laboral y la comparación con las categorías o supuestos incluidos y excluidos de la tutela que presta el ordenamiento jurídico-laboral. BAYLOS, **El derecho al trabajo como derecho constitucional**, ob. cit., p. 26.

da proibição geral de quaisquer formas de discriminação (art. 3º, IV), ao passo que o art. 7º, XXXI proíbe expressamente apenas diferenciação de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo.¹²

Pode-se dizer, então, que o direito fundamental **do** trabalho refere-se às normas materialmente fundamentais de proteção ao trabalho – ou ao trabalho assalariado, para aqueles que pretendem adotar essa restrição do objeto do direito do trabalho.

Já o direito fundamental **ao** trabalho constitui **um** desses conteúdos jusfundamentais, dentre outros. A confusão ocorre, porque uma parcela do conteúdo do direito ao trabalho, referente à sua dimensão objetiva, como se verá adiante, inclui a obrigação do Estado de promover um plexo de normas reguladoras e protetivas da relação de emprego.¹³ Contudo esta é apenas uma das múltiplas facetas do direito ao trabalho, que é semanticamente mais amplo e estruturalmente mais diversificado. Basta perceber-se que titular do direito ao trabalho capaz de exercê-lo atualmente pode ser, em princípio, qualquer pessoa, ao passo que os titulares dos direitos assegurados pelo direito do trabalho, inclusive da maior parte dos direitos fundamentais do trabalho, são apenas os trabalhadores.¹⁴ Da mesma forma, o direito ao trabalho pode ser exercido tanto no âmbito de uma relação de trabalho subordinado (emprego), quanto em outros tipos de relação, como se tratará no capítulo seguinte, ao passo que o direito do trabalho se circunscreve a reger essencialmente as relações de emprego.

¹² WANDELLI, Despedida abusiva, p. 390-399.

¹³ Para alguns autores, como é o caso de Gabriela DELGADO, ob. cit., o direito ao trabalho corresponde essencialmente a essa dimensão. Aqui, porém, se sustenta que o direito ao trabalho é muito mais amplo, tendo caráter multidimensional, embora inclua também esse aspecto. É também esse o pensamento de José Afonso da SILVA, **Curso de direito constitucional positivo**. 20ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 289.

¹⁴ SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 187 e 232. GOMES, ob. cit., p. 146-149.

Em síntese, o direito fundamental **ao** trabalho é ao mesmo tempo mais específico que o direito fundamental **do** trabalho, uma vez que constitui um de seus conteúdos, e mais amplo, uma vez que relativo a todas as pessoas e em situações que excedem as relações de emprego, abrangendo, como uma parcela de seu conteúdo, o direito à proteção jurídica do assalariamento.

Firmada essa distinção, que já serve como primeira clarificação da amplitude do direito ao trabalho na Constituição brasileira, cabe referir os dispositivos constitucionais que dão ensejo ao direito ao trabalho. Conforme o art. 6º da Carta: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” Os aspectos relativos à fundamentalidade material já foram tratados, de forma suficiente, mesmo que não exauriente, nos capítulos 2 e 3. O fato de haver dispositivo expresso reconhecendo direitos fundamentais sociais, dentre eles o direito ao trabalho, ao revés do que ocorre, por exemplo, na Lei Fundamental alemã,¹⁵ ou do que ocorreu sob a égide do texto constitucional de 1967-1969¹⁶, exime da necessidade de uma série de justificações quanto à existência desse direito e seu caráter formalmente fundamental.¹⁷ Isso, porém, pouco alivia a problemática

¹⁵ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha** (trad. Luís Afonso Heck). Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 170-172.

¹⁶ O art. 153, § 23, dispunha sobre a liberdade de profissão, embora subordinada à segurança nacional; o art. 160, II, dispunha que a ordem econômica e social tinha como um de seus princípios a “valorização do trabalho como condição de dignidade humana”, ao passo que o inciso VI referia-se à “expansão das oportunidades de emprego produtivo”. Ronald AMORIM E SOUZA, **Direito ao trabalho**. São Paulo, LTr, 1985, p. 22, sustentou, com base nesses dispositivos, a consagração do direito ao trabalho.

¹⁷ “O papel, de fato, exercido pelo sistema formal do Título II é desonerar o intérprete de ter, a todo o tempo, de argumentar sobre a fundamentalidade material das normas que lhe são interiores, e, por outro lado, de onerá-lo quando se trata de reduzir ou ampliar o seu escopo.” SOUZA NETO, ob. cit., p. 234. Comunga-se, porém, da opinião de SARLET, segundo o qual as teorias materiais de base ou ideologias que se possa eleger para interpretar o rol de direitos fundamentais encontram limite na opção expressa do constituinte de que

quanto à sua estrutura, dimensões eficaciais, justiciabilidade e conteúdo, sem falar nas infindáveis querelas acerca das classificações dos direitos fundamentais.¹⁸ Essas questões serão, na medida do possível, tratadas nos itens a seguir. Por ora, cuida-se apenas de identificar o elenco de enunciados normativos que situam e mesmo desenvolvem (e por vezes diluem) o direito fundamental ao trabalho de que trata o art. 6º.

A Constituição brasileira tem um sólido plexo normativo que propicia a mais alta hierarquização axiológica do trabalho para a organização social, do Estado e da ordem econômica, ao passo que contempla grande número de dispositivos que, em maior ou menor medida, contemplam aspectos do direito ao trabalho, concretizando-o em normas específicas ou fortalecendo o seu âmbito geral. Cumpre desenvolver essa inegável primazia axiológica do trabalho no texto constitucional em termos normativos.¹⁹

Para isso, é indispensável a reconstrução da fundamentação do direito ao trabalho, realizada na primeira parte deste estudo: o trabalho, em sua multidimensionalidade vital, compreendido como subjetividade humana criadora, fonte de valor, como necessidade da corporalidade (assim como atualizador de

todos os direitos do Título II são fundamentais, ou seja, trata-se de uma razão suficiente para que se submetam à disciplina jurídica própria dos direitos fundamentais. SARLET, **A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro**. In MONTEIRO, António Pinto, NEUNER, Jörg e SARLET, Ingo W., *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra, Almedina, 2007, p. 115-116.

¹⁸ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**, Coimbra, Almedina, 1987, p. 188 e ss. SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 166-241. ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid, Trotta, 2002, p. 19-64.

¹⁹ Recordar-se que, como sustentado no item 3.3.2, o papel do trabalho como valor é secundário na fundamentação material do direito ao trabalho, em relação ao trabalho como necessidade. Este delimita os estritos marcos de variabilidade valorativa. Não obstante, ao erigir-se constitucionalmente a primazia valorativa do trabalho, esse espaço de variabilidade é então definido pelo procedimento deliberativo democrático consubstanciado na Constituição.

necessidades, como produtor de bens satisfatores e ele próprio, como satisfator) e como via essencial de participação societária, de reconhecimento e de construção da subjetividade.

A essas dimensões do trabalho, com as quais a sociedade moderna está em diuturno conflito, se reporta a Constituição, atribuindo-lhe a força jurídica de um valor social elevado à máxima hierarquia e que, junto com a livre iniciativa, é fundamento da República (art. 1º, IV), ao lado e intimamente ligado à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). A mesma tríade valorativa é encontrada no *caput* do art. 170 que estabelece os princípios da ordem econômica: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios”. Ainda o art. 193 estabelece que a ordem social “tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”. No dizer de José Afonso da Silva,

isso tem o sentido de reconhecer o *direito social ao trabalho*, como condição da efetividade da existência digna (fim da ordem econômica) e, pois, da dignidade da pessoa humana, fundamento, também, da República Federativa do Brasil (art. 1º, III).²⁰

Vê-se logo que se trata de valores em tensão e mesmo contradição, haja vista que o trabalho, sob o regime capitalista de livre iniciativa, encontra-se sob a constante pressão da tendência de maximização da rentabilidade e da lógica da mercadoria, que subvertem a dignidade humana em

²⁰ SILVA, ob. cit., p. 288-289.

dignidade do capital.²¹ Por isso, a “ordem econômica” na Constituição não significa o reconhecimento de uma ordem fática das relações atualmente existente no mercado, mas sim uma ordem jurídico-econômica, que, ao mesmo tempo que reconhece essa ordem fática, impõe uma intervenção normativa que a tensiona²², contra-arrestando sua tendência natural de absolutizar-se como esfera autorregulada.²³ Trata-se de intervenção indispensável, seja no sentido funcional de preservar o mercado de suas tendências autodestrutivas, seja, na contracorrente, para apoiar espaços de realização da dignidade humana no interior dessa ordem. E a larga distância entre a ordem jurídico econômica da Constituição e a ordem de fato do mercado, que se divisa ao simples lançar do olhar pela janela, dimensiona a maior necessidade de intervenção jurídica – com todas as limitações dessa intervenção – para que se promova a valorização do trabalho e da dignidade no seio dessa sociedade.

A este respeito, note-se que há, entre o art. 1º, IV – que se refere a “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” e o art. 170, *caput*, que se refere à ordem econômica “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa”, uma assimetria que deve ser levada em conta pelo intérprete na construção normativa, e que é apontada por Eros Grau:

²¹ Vide supra, item 2.3.4.

²² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 1998, p. 55 e *passim*.

²³ “Assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, não será tarefa fácil num sistema de base capitalista e, pois, essencialmente individualista. É que a justiça social só se realiza mediante equitativa distribuição da riqueza. Um regime de acumulação ou de concentração do capital e da renda nacional, que resulta da apropriação privada dos meios de produção, não propicia efetiva justiça social, porque nele sempre se manifesta grande diversidade de classe social, com amplas camadas de população carente ao lado de minoria afortunada. A história mostra que a injustiça é inerente ao modo de produção capitalista, mormente do capitalismo periférico.” SILVA, ob. cit., p. 765.

Já no art. 170, caput, afirma-se dever estar a ordem econômica fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa. Note-se, assim, que esta é então tomada singelamente e aquele – o trabalho humano – é consagrado como objeto a ser valorizado. É nesse sentido que assiste razão a José Afonso da Silva, ao sustentar que a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado.²⁴

Ainda no plano constitucional, são princípios normativos da ordem econômica, nos termos do art. 170, a função social da propriedade (III), a redução das desigualdades regionais e sociais (VII) e a busca do pleno emprego (VIII).²⁵

Compõem, ainda, o que se poderia chamar de bloco de valorização e proteção ao trabalho na Constituição, a inclusão, nos objetivos fundamentais da República, na forma do art. 3º, “I - construir uma sociedade livre, justa e solidária”; (...) III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. Ainda, o art. 5º, XIII, assegura a liberdade de exercício de ofício ou profissão. E com especial destaque, todos direitos sociais fundamentais, individuais e coletivos, enunciados nos arts. 7º a 11 e no art. 10 do ADCT, diversos dos quais concretizam dimensões específicas do direito ao trabalho. Cabe ressaltar que o caput do art. 7º estabelece o princípio de progressividade na melhoria das condições sociais dos trabalhadores, a par da regra de solução de antinomias de prevalência da norma mais favorável aos trabalhadores.²⁶

A prevalência da valorização social do trabalho sobre a livre iniciativa, de que tratam os autores acima mencionados, advém da própria razão

²⁴ GRAU, ob. cit., p. 222. SILVA, ob. cit., p. 764: “embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado.”

²⁵ Sobre as relações entre direito ao trabalho e o princípio da busca do pleno emprego, vide tópico adiante.

²⁶ MENEZES, Mauro de Azevedo. **Constituição e reforma trabalhista no Brasil**. São Paulo, LTr, 2004, p. 299-304.

de ser de um ordenamento Constitucional: servir de mediação institucional à produção, reprodução e desenvolvimento da vida concreta das pessoas. Se existe tensão entre esses valores e ainda que, do ponto de vista do sistema constitucional, um não deva ser realizado com sacrifício do outro, é a livre iniciativa que deve se adaptar aos limites que lhe impõe a preservação da dignidade do trabalho vivo.

Se esse contexto normativo é amplamente favorável em termos de fortalecer o direito ao trabalho, na medida em que este é corroborado por um vasto leque de razões normativas decorrentes do próprio texto constitucional²⁷, ele traz o inconveniente risco de diluição do nosso direito fundamental em inúmeros princípios e direitos parcelares, de forma tal que se acabe negligenciado a sua normatividade autônoma. De fato, é o que se verifica diante do substancial silêncio da doutrina e jurisprudência pátrias em termos de desenvolvimento dogmático do direito ao trabalho, sobretudo se comparado com outros direitos fundamentais sociais, como os direitos à saúde e à educação. Espera-se que essa lacuna seja suprida o quanto antes.

5.2. Normas internacionais relativas ao direito ao trabalho

Um grande acervo de normas internacionais referentes a direitos humanos em geral e, em especial, a direitos sociolaborais, referem-se

²⁷ PECZENIK, Aleksander. **Derecho y razón** (trad. Ernesto Garzón Valdez). México D.F., Fontamara, 2000, p. 36-37.

explicitamente ao reconhecimento e a formas de implementação do direito ao trabalho.²⁸

A princípio, o art. 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.²⁹ É relevante que o item I distingue o direito ao trabalho da livre escolha de emprego, assim como do direito a condições justas de trabalho e o direito à proteção contra o desemprego. Em termos dogmáticos, essa diferenciação expressa uma pluralidade de dimensões a que se refere o direito ao trabalho e que também estão presentes nos demais itens do artigo.

²⁸ Embora não se possa deter sobre o tema, vale mencionar que o STF, alterando jurisprudência anteriormente fixada no julgamento da ADIn 1480-DF, quando entendeu que os tratados internacionais ingressavam no ordenamento jurídico interno com a hierarquia de lei ordinária, passou a entender que os tratados, quando não passarem pelo procedimento de que trata o art. 5º, § 3º, da Constituição, têm hierarquia normativa supralegal, ainda que infraconstitucional. Nesse sentido colhe-se do **Informativo 531 do STF: Prisão Civil e Depositário Infiel** - Em conclusão de julgamento, o Tribunal concedeu habeas corpus em que se questionava a legitimidade da ordem de prisão, por 60 dias, decretada em desfavor do paciente que, intimado a entregar o bem do qual depositário, não adimplira a obrigação contratual — v. Informativos 471, 477 e 498. Entendeu-se que a circunstância de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia (art. 7º, 7), conduz à inexistência de balizas visando à eficácia do que previsto no art. 5º, LXVII, da CF (“não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;”). **Concluiu-se, assim, que, com a introdução do aludido Pacto no ordenamento jurídico nacional, restaram derogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel. Prevaleceu, no julgamento, por fim, a tese do status de supralegalidade da referida Convenção, inicialmente defendida pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento do RE 466343/SP, abaixo relatado.** Vencidos, no ponto, os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau, que a ela davam a qualificação constitucional, perfilhando o entendimento expendido pelo primeiro no voto que proferira nesse recurso. O Min. Marco Aurélio, relativamente a essa questão, se absteve de pronunciamento. HC 87585/TO, rel. Min. Marco Aurélio, 3.12.2008. (HC-87585) Na linha do entendimento acima sufragado, o Tribunal, por maioria, concedeu habeas corpus, impetrado em favor de depositário judicial, e averbou expressamente a revogação da Súmula 619 do STF (“A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”). Vencido o Min. Menezes Direito que denegava a ordem por considerar que o depositário judicial teria outra natureza jurídica, apartada da prisão civil própria do regime dos contratos de depósitos, e que sua prisão não seria decretada com fundamento no descumprimento de uma obrigação civil, mas no desrespeito ao múnus público. HC 92566/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 3.12.2008. (HC-92566). Vide ainda o HC nº 90172-7 de São Paulo no STF, com rel. Min. Gilmar Mendes

²⁹ **Artigo 23.** I) Todo o homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

II) Todo o homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

III) Todo o homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como a sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

IV) Todo o homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

Ainda no âmbito das declarações ONU, o artigo 6 da Declaração Sobre o Progresso e o Desenvolvimento Social, de 1969, em seu art. 6 estabelece que “o desenvolvimento social exige que se garanta a toda pessoa o direito ao trabalho e a eleger emprego livremente”. A resolução 34/46 da Assembléia da ONU de novembro de 1979 reconheceu que “a fim de garantir cabalmente os direitos humanos e a plena dignidade pessoal, é necessário garantir o direito ao trabalho”.

Já o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, tratado vigente no âmbito interno brasileiro³⁰, assegura em seu art. 6º, já transcrito, o direito à oportunidade de um trabalho livremente escolhido ou aceito. Vale mencionar, a este respeito, a compreensão que Fábio Konder Comparato lança do direito ao trabalho, ao comentar o art. 6º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais³¹:

O direito ao trabalho implica, de um lado, o direito de livre exploração de uma atividade econômica independente; individual ou societária; de outro, o direito a exercer um trabalho assalariado, no quadro de uma organização empresarial.

No primeiro caso, o direito ao trabalho fundamenta não apenas a liberdade de exercer livremente uma atividade empresarial, mas também o direito à ocupação de terras inexploradas, ou mal exploradas, para o exercício de uma atividade agrícola. Neste sentido, o direito assegurado neste artigo do Pacto representa uma das justificativas da política de reforma agrária para a realização de assentamentos agrícolas.

³⁰ Incorporado ao direito interno brasileiro com o Decreto 591, de 06.07.1992.

³¹ COMPARATO, A **afirmação histórica dos direitos humanos**, p. 345.

Um amplo leque de implementação desse dispositivo é desenvolvido pelo Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais da ONU, na Observação Geral n° 18, de 24.11.2005 e que se referirá adiante.

Especial destaque, porém, merece, o Protocolo adicional ao Pacto de San José da Costa Rica sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, tratado igualmente vigente no ordenamento brasileiro³², e que consagra a definição normativa mais precisa do direito ao trabalho dentre os textos internacionais. Discernindo entre o direito ao trabalho, como conceito mais abrangente, e conceitos mais específicos, a ele relacionados, mas que não o esgotam, tais como o direito a obter a subsistência pelo trabalho, direito a políticas de pleno emprego e direito a condições mínimas de proteção e retribuição do trabalho assalariado, o art. 6 do Protocolo adicional dispõe que:

1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, o que inclui a oportunidade de obter os meios para levar uma vida digna e decorosa por meio do desempenho de uma atividade lícita, livremente escolhida ou aceita.

2. Os Estados Partes comprometem-se a adotar medidas que garantam plena efetividade do direito ao trabalho, especialmente as referentes à consecução do pleno emprego, à orientação vocacional e ao desenvolvimento de projetos de treinamento técnico-profissional, particularmente os destinados aos deficientes. Os Estados Partes comprometem-se também a executar e a fortalecer programas que coadjuvem um adequado atendimento da família, a fim de que a mulher tenha real possibilidade de exercer o direito ao trabalho.

³² Ratificado pelo Brasil pelo Decreto Legislativo 56, de 19.04.1995, sendo depositado em 21.08.1996, entrando em vigor, no plano internacional e para o Brasil em 16.11.1999, sendo completado o processo de introdução no direito interno brasileiro pelo Decreto 3.321, de 30.12.1999 (DOU 31.12.1999).

Fazem, ainda, referência direta ao direito ao trabalho, no âmbito internacional, o art. 8, item 3, a, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; o artigo 5, parágrafo “e”, inciso “i”, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial; o artigo 11, parágrafo 1, item “a”, da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher; o art. 32 da Convenção sobre os Direitos da Criança; os artigos 11, 25, 26, 40, 52 e 54 da Convenção Internacional sobre Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Familiares.

No âmbito da OIT, a Declaração da Filadélfia, de 1944, afirma a obrigação solene da OIT de promover, entre todas as nações do mundo programas que permitam a realização:

- a) do pleno emprego e da elevação do nível de vida;
- b) do emprego dos trabalhadores em ocupações nas quais tenham a satisfação de aplicar toda a sua habilidade e os seus conhecimentos e de contribuir da melhor forma para o bem-estar comum.³³

Da maior relevância, ainda, o disposto no art. 1º da Convenção 122 da OIT³⁴, vigente no Brasil, que dispõe sobre a política de emprego, a qual deverá procurar garantir:

- “a) que haja trabalho para todas as pessoas disponíveis e em busca de trabalho; b) que este trabalho seja o mais produtivo possível; c) que haja livre escolha de emprego e que cada trabalhador tenha todas as

³³ Sobre a eficácia normativa das declarações da OIT, veja-se a exauriente tese de doutoramento de GUNTHER, Luís Eduardo. **Resoluções e declarações da OIT: natureza e efeitos**. Curitiba, UFPR (tese de doutoramento), 2003.

³⁴ Ratificada pelo Brasil com o Decreto Legislativo 61, de 30.11.1966 e incorporada ao direito interno pelo Decreto 66.499, de 27.04.1970.

possibilidades de adquirir e de utilizar, neste emprego, suas qualificações, assim como seus dons, qualquer que seja sua raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social”.

Trata-se de norma que evidencia que o pleno emprego não pode ser apenas quantitativo, devendo ser, cada emprego, qualitativamente pleno. Mas, especialmente, assegura juridicamente que cada emprego deve possibilitar ao trabalhador adquirir e utilizar as suas qualificações e dons.

A este aspecto, deve-se agregar a dimensão de reconhecimento que é ressaltada no preâmbulo da Convenção 168 da OIT³⁵, sobre promoção do emprego e proteção contra o desemprego: “sublinhando a importância do trabalho e do emprego produtivo em toda sociedade, em razão não só dos recursos que criam para a comunidade, mas também da renda que proporcionam aos trabalhadores, do papel social que lhes outorgam e do sentimento de satisfação pessoal que lhes infundem”. Evidentemente, que não é qualquer trabalho que propicia tais atributos.

5.3. O direito ao trabalho como feixe de posições jurídicas

Os direitos econômicos, sociais, culturais padeceram e ainda padecem de formulações teóricas que lhes negam a aptidão para a produção de efeitos jurídicos mediante incidência direta sobre as situações concretas. O mais singelo desses obstáculos teóricos é aquele que pretende dividir entre direitos de defesa e direitos a prestações, identificando os chamados direitos civis de primeira

³⁵ Ratificada pelo Brasil com o Decreto Legislativo 89, de 10.12.1992 e incorporada ao direito interno pelo Decreto 2.682, de 21.07.1998.

geração com aqueles e os direitos econômicos, sociais e culturais com estes últimos. As obrigações meramente negativas exigiriam do estado apenas um não fazer: não prender arbitrariamente, não restringir a liberdade expressão, etc. Já a estrutura dos DESCs estaria caracterizada por obrigar ao Estado a um fazer, mediante prestações positivas de prover serviços de saúde, políticas em emprego, assegurar a educação, etc.³⁶ O argumento que se segue àquele, então, é que os direitos sociais, sendo direitos a prestações, estariam inteiramente sujeitos à relatividade das possibilidades orçamentárias e à soberania do legislador ordinário. Quando muito, a justiciabilidade direta dos direitos sociais estaria limitada ao mínimo existencial, compreendido como mínimo de subsistência.³⁷

Não se têm, aqui, condições de resenhar todo o debate em torno do tema. Somente cabe referir que hoje já não há mais como sustentar que os direitos civis são direitos de abstenção, ou que teriam pelo menos um menor custo para sua efetivação, haja vista o noticiário cotidiano acerca dos imensos esforços do Estado, com custos imensos, seja para garantir a liberdade de ir e vir frente às condições de violência nas cidades, seja para assegurar a liberdade de compra e venda pelos atores econômicos frente aos efeitos autodestrutivos dessa mesma prática sobre o próprio mercado³⁸ e que só nos últimos meses alcançaram cifras da ordem de muitos trilhões de dólares. O ponto que aqui interessa afirmar, para o fim de definirem-se as potencialidades eficaciais do direito ao trabalho, está em que tanto direitos sociais quanto direitos civis, para continuar-se com essa

³⁶ ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid, Trotta, 2002, p. 21-23.

³⁷ Este aspecto já foi discutido no item 2.7.

³⁸ Ver, por todos, HOLMES, Stephen e SUSTEIN, Cass. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York-London, WW Norton, 1999.

nomenclatura, incluem, do ponto de vista subjetivo, direitos a prestações a abstenções e a medidas de proteção. Assim, a síntese de Sarlet:

Neste sentido, verifica-se, desde logo e na esteira do que já tem sido afirmado há algum tempo entre nós, que também os direitos sociais abrangem tanto direitos (posições ou poderes) a prestações (positivos) quanto direitos de defesa (direitos negativos ou a ações negativas), partindo-se aqui do critério da natureza da posição jurídico-subjetiva reconhecida ao titular do direito, bem como da circunstância de que os direitos negativos (notadamente os direitos à não-intervenção na liberdade pessoal e nos bens fundamentais tutelados pela Constituição) apresentam uma dimensão “positiva” (já que sua efetivação reclama uma atuação positiva do Estado e da sociedade), ao passo que os direitos a prestações (positivos) fundamentam também posições subjetivas “negativas”, notadamente quando se cuida de sua proteção contra ingerências indevidas por parte dos órgãos estatais, de entidades sociais e também de particulares.³⁹

Assim, segundo Vieira de Andrade, em um mesmo direito fundamental podem-se encontrar combinados direitos a abstenções, direitos a prestações positivas, jurídicas ou materiais, direitos potestativos de interferir na esfera de outrem, dirigidos, como sujeitos passivos, tanto ao legislador, à administração, ao judiciário ou a entidades privadas.⁴⁰

Portanto, como ressaltam Abramovich e Courtis, a disposição de um direito entre os direitos civis e políticos ou direitos econômicos sociais e culturais tem um valor meramente classificatório, mas uma conceitualização rigorosa com base no caráter das obrigações dele decorrentes, positivas, ou negativas, apresentará um gradiente contínuo, em que ora estará presente uma

³⁹ SARLET e FIGUEIREDO, in SARLET e TIMM, ob. cit., p. 14.

⁴⁰ VIEIRA DE ANDRADE, ob. cit., p. 188.

maior grau de obrigações negativas, ora uma maior grau de obrigações positivas.⁴¹

Já se salientou, no capítulo 2, o caráter formalmente fundamental do direito ao trabalho na Constituição da República e dedicou-se a parte mais substancial deste trabalho a sustentar as razões da sua fundamentalidade material. Daí se extrai que também o direito ao trabalho está sujeito à aplicabilidade imediata de que trata o art. 5º, § 1º, da Constituição.⁴²

A circunstância de que, muitas vezes, as normas relativas aos direitos sociais se expressam em termos que podem tornar difícil a tarefa de definir o que, aqui e agora, é devido como conteúdo do direito à saúde, à educação ou ao trabalho, também é comum a qualquer outro texto normativo que, para ser normativo, precisa sempre, antes, ser interpretado, não sendo essa uma característica especial no caso dos assim chamados direitos sociais. O que essa objeção, aplicável a todos os direitos, ressalta, com razão, é que a densificação dogmática do conteúdo dos direitos constitui um dos aspectos essenciais para o desenvolvimento da sua força normativa.

Trata-se, então de compreender que, em torno de “um” direito ao trabalho, enfeixa-se um complexo de posições jurídicas subjetivas tanto de caráter prestacional (prestações fáticas e normativas⁴³), quanto de caráter defensivo, como direitos de proteção, assim como emanam, desse mesmo direito, obrigações

⁴¹ ABRAMOVICH e COURTIS, ob. cit., p. 27.

⁴² SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, ob. cit., p. 297.

⁴³ ALEXY, **Teoría de los derechos fundamentales**, ob. cit., p. 428. VIEIRA DE ANDRADE, ob. cit., p. 192.

ao Estado e aos particulares, de respeitar, proteger, e satisfazer⁴⁴, que configuram a sua dimensão objetiva.

Esse plexo configura aquilo que Robert Alexy denomina de um “direito fundamental como um todo”, que reflete o conjunto de posições jurídicas definitivas e *prima facie* adscriptas a um dispositivo de direito fundamental e relacionadas entre si.⁴⁵

Do ponto de vista do âmbito de conteúdo do direito ao trabalho, serão relacionadas, adiante, as diferentes posições jurídicas que podem ser adscriptas a esse direito, organizadas na forma de um cone invertido, com três níveis. Do ponto de vista estrutural, cabe diferenciar as dimensões objetiva e subjetiva do direito ao trabalho.

5.3.1. As dimensões objetiva e subjetiva do direito ao trabalho

A doutrina constitucional brasileira, na esteira do que ocorreu em diversos outros países, vem absorvendo de forma cada vez mais consolidada uma constatação desenvolvida no âmbito da doutrina constitucional alemã que é considerada por Sarlet como “uma das mais relevantes formulações do direito constitucional contemporâneo”⁴⁶: a de que os direitos fundamentais são, por um lado direitos subjetivos e, por outro, “elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade”, o que se aplica tanto a garantias que não têm uma dimensão

⁴⁴ Cf. as Observações Gerais n. 3 e 18 do Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais da ONU, abaixo referido. Também ABRAMOVICH e COURTIS, ob. cit., p. 31.

⁴⁵ ALEXY, **Teoría de los derechos fundamentales**, ob. cit., p. 240-245. Também adotando essa mesma denominação e apontando para o direito ao trabalho como feixe de posições jurídicas que se abre estruturalmente em uma dimensão objetiva e subjetiva, GOMES, Fábio, ob. cit., p. 89-95.

⁴⁶ SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, ob. cit., p. 166.

subjetiva direta quanto àquelas que a têm.⁴⁷ Assim, a par da função precípua de direitos subjetivos, os direitos fundamentais têm uma dimensão jurídico-objetiva, autônoma em relação àquela primeira, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornece “diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos”.⁴⁸ Essas diretrizes comportam uma subdivisão classificatória ressaltada por Vieira de Andrade: além de integrarem o conjunto jurídico valorativo fundamental (dimensão axiológica), criam outros efeitos jurídicos distintos de posições jurídicas subjetivas, na forma de deveres fundamentais decorrentes dos direitos fundamentais (dimensão estrutural).⁴⁹ Ambas as dimensões mantêm uma relação de complementação e suplementação recíprocas, na qual as dimensões subjetivas do direito fundamental são correspondidas por obrigações objetivas que constituem-se como elementos da ordem jurídica global da coletividade e que em muito excedem apenas à contrapartida lógica de uma posição jurídica subjetiva, na perspectiva do sujeito obrigado a satisfazê-la.⁵⁰

Assim, pode-se afirmar que, se para todo direito subjetivo de um titular ativo há uma contrapartida de uma obrigação para o sujeito passivo, há, por outro lado, obrigações decorrentes de direitos fundamentais que não engendram, necessariamente, direitos subjetivos imediatamente correlatos. É o que ocorre, em regra, em relação às políticas públicas a que está o Estado obrigado para a realização de determinados direitos fundamentais, como por exemplo as políticas

⁴⁷ HESSE, ob. cit., p. 228-229. No mesmo sentido, VIEIRA DE ANDRADE, ob. cit., p. 165 e ss. Vale ainda ressaltar, com SARLET, ob. cit., p. 170, que a dupla-dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais não se confunde com a dupla tipologia de normas, compreendidas como regras e princípios, pois tanto regras, quanto princípios podem ser adscriptas a dispositivos de direitos fundamentais em cada uma dessas dimensões.

⁴⁸ SARLET, ob. cit., p. 168.

⁴⁹ VIEIRA DE ANDRADE, ob. cit., p. 145 e 151.

⁵⁰ HESSE, ob. cit., p. 239 e ss. No mesmo sentido, VIEIRA DE ANDRADE, ob. cit., p. 161 e ss.

de pleno emprego (art. 170, VIII, da CRFB). Embora possa haver controle jurisdicional negativo sobre essa política, pois nem toda política de pleno emprego é constitucionalmente adequada, não há um direito subjetivo a uma determinada política pública de pleno emprego⁵¹, embora se possa afirmar que há um direito a que haja políticas públicas de pleno emprego⁵² e a que elas atendam a determinados limites e conteúdos, com se vê adiante.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais põe em relevo o aspecto essencial de que não é possível construir uma ordem social que valorize e respeite direitos fundamentais sem a coletividade. Sem o reconhecimento comunitário em termos de direitos e de solidariedade⁵³, sem a tarefa de coordenação da divisão social do trabalho para o atendimento das necessidades humanas⁵⁴, ou seja, sem ultrapassar a perspectiva que absolutiza o individualismo fragmentário, não há a construção de uma sociedade de respeito aos direitos fundamentais.⁵⁵

Na dimensão objetiva, a eficácia dos direitos fundamentais, assim, envolve, exemplificativamente:⁵⁶ a) o que se chama de **eficácia dirigente** dos direitos fundamentais, no sentido de uma ordem ao Estado para que este se

⁵¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais**, p. 34-36.

⁵² SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, ob. cit., p. 316.

⁵³ HONNETH, **Luta por reconhecimento**, ob.cit.,

⁵⁴ HINKELAMMERT e MORA, **Hacia una economía para la vida**, ob. cit. DOYAL e GOUGH, ob. cit.

⁵⁵ Nesse sentido, Gustavo ZAGREBELSKI, **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 3ª ed., Madrid, Trotta, 1999, ressalta a impossibilidade de construir justiça sobre uma ordem apenas de direitos individuais: “La proclamación constitucional de los principios de justicia asume implícitamente, como premisa, que la suma de las pretensiones de los particulares tuteladas por el derecho, en las que se sustancian los derechos individuales, no produce por sí misma un orden o, por lo menos, un orden aceptable. (...) las innovaciones que la tecnología ha hecho posibles y la desigual disponibilidad de medios económicos son de por sí factores que aumentan la desigualdad entre los pocos que se encuentran en posición de dominio activo y los muchos que se hallan en posición de dominio pasivo. La libertad-voluntad de los primeros se desvincula progresivamente de la condición de equilibrio, la análoga libertad-voluntad de los segundos.”

⁵⁶ SARLET, ob. cit., p. 172-177.

desincumba da permanente obrigação de concretização e realização dos direitos fundamentais, por meio de políticas públicas, medidas legislativas e jurisdicionais; b) servem de **parâmetro** para o controle **de constitucionalidade**; c) a incidência sobre todo o processo de concretização dos direitos fundamentais, em termos de **eficácia irradiante**, no sentido de que a interpretação dos demais direitos deve ser feita buscando realizar os direitos fundamentais; d) **vinculam** não só o Estado, como também os **entes privados**;⁵⁷ e) estabelecem **garantias institucionais**, no sentido de proteger determinadas instituições e institutos jurídicos essenciais contra a ação erosiva do legislador;⁵⁸ f) impõe **deveres de proteção** do Estado, preventiva e repressiva, contra violações dos direitos fundamentais advindas de particulares, por meio de medidas fáticas e normativas; g) impõe deveres para a criação de instituições de **organização e procedimentos** necessárias à efetividade dos direitos fundamentais.

Na esteira desses desenvolvimentos, também o direito fundamental ao trabalho tem a sua normatividade distribuída segundo essa dupla dimensão estrutural. Do ponto de vista objetivo, o direito ao trabalho projeta sua eficácia em direção a dois diferentes destinatários: o Estado e os tomadores de trabalho e empregadores.

⁵⁷ Sobre o intrincado tema da vinculação dos entes privados pelos direitos fundamentais, ver, por todos, MONTEIRO, NEUNER e SARLET, ob. cit.. Para uma posição mais conservadora, no sentido de que busca privilegiar a eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, por meio da legislação infraconstitucional do direito privado, ainda que reconheça espaço para a aplicação direta, SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo, Malheiros, 2005.

⁵⁸ Seria este o caso, por exemplo, de uma emenda constitucional que pretendesse suprimir a Justiça do Trabalho, como instituição destinada especificamente a assegurar a tutela do direito ao trabalho, além da generalidade dos direitos fundamentais do trabalho.

Em face do empregador ou tomador de trabalho, vale ressaltar que é da essência do direito fundamental do trabalho que a este se atribuem deveres de respeito, proteção e efetivação dos direitos fundamentais dos trabalhadores, tanto mediante vinculação direta aos direitos assegurados na Constituição, quanto mediante as obrigações fixadas pela legislação ordinária.⁵⁹ No que concerne ao direito ao trabalho, embora aos entes privados não se possa compelir a atribuição direta de um posto de trabalho a quem não o tenha, impõem-se-lhes uma série de deveres relativos ao direito ao trabalho. Ainda na fase pré-contratual, obrigações de respeito, proteção e não violação, por exemplo, abstendo-se de discriminar na seleção entre trabalhadores para admissão, a realizar procedimentos de seleção respeitosos ou a não fraudar a proteção jurídica do trabalho mediante artifícios que pretendam elidir a caracterização do regime de emprego ou trasladar a outrem as suas responsabilidades perante o trabalhador. Uma vez contratado o trabalho, impõe o dever de respeitar e proteger o direito ao trabalho, tanto durante a execução quanto na terminação da relação de trabalho, conforme se verá adiante.

No que se refere às obrigações do Estado, a dimensão objetiva do direito ao trabalho pode ser sintetizada nos termos do parágrafo 22 da Observação Geral 18 do CDESCs da ONU:

⁵⁹ Como ressalta Bilbao Ubillos, a desigualdade de poder entre as partes de uma relação de trabalho está na origem do desgarramento do Direito do Trabalho do troco do Direito contratual comum. Os poderes privados atualmente são tão relevantes, em termos de potencial de violação dos direitos fundamentais, quanto os poderes públicos, de modo que os “derechos fundamentales deben protegerse, por tanto, frente al poder, sin adjetivos, y el sistema de garantías, para ser coherente y eficaz, debe ser polivalente, debe operar em todas las direcciones.”. BILBAO UBILLOS, Juan María. **La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento español**. In MONTEIRO, NEUNER e SARLET, ob. cit., p. 170.

22. Al igual que todos los derechos humanos, el derecho al trabajo impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: las obligaciones de *respetar*, *proteger* y *aplicar*. La obligación de *respetar* el derecho al trabajo exige que los Estados Partes se abstengan de interferir directa o indirectamente en el disfrute de ese derecho. La obligación de *proteger* exige que los Estados Partes adopten medidas que impidan a terceros interferir en el disfrute del derecho al trabajo. La obligación de *aplicar* incluye las obligaciones de proporcionar, facilitar y promover ese derecho. Implica que los Estados Partes deben adoptar medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales y de otro tipo adecuadas para velar por su plena realización.

Comprendida a estrutura normativa do direito ao trabalho, em termos de uma dimensão subjetiva e uma dimensão objetiva, esta a vincular o empregador e o Estado e que se expressa em termos de obrigações de respeitar, proteger e respeitar, cabe agora verificar como essa estrutura se preenche com o conteúdo do direito ao trabalho. Principia-se distinguindo-o de outras categorias jurídicas similares.

5.4. Direito ao trabalho e figuras afins: dever de trabalhar, liberdade de profissão e direito a trabalhar

Embora muitas vezes amalgamados nos textos legislativos, é cada vez mais clara a compreensão de que essas figuras, embora possam ter pontos de contato, constituem conceitos jurídicos autônomos, não se reduzindo, o direito ao trabalho, a nenhuma delas.⁶⁰

⁶⁰ SASTRE IBARRECHE, ob. cit., p. 43.

5.4.1. Dever de trabalhar

Sob o capitalismo e já nos momentos que o antecederam, o trabalho ingressa no direito primeiro como um dever. Desde as *poor laws* europeias, passando pelas leis brasileiras de parceria e locação de serviços no século XIX, até as legislações de influência corporativista do século XX, em vários países, resguardados os contextos profundamente diversos dessas leis, o direito tratou de reforçar a força heterônoma da contingência econômica para a compulsão para o trabalho, impondo o cumprimento dos contratos de trabalho, oficializando uma ética laboriosa e coibindo a vadiagem.⁶¹

A associação entre direito ao trabalho e dever de trabalhar, ao lado da liberdade de profissão, também foi uma constante nas constituições do período pós-guerra. Segundo levantamento feito por Mayer, 20 dos 30 estados membros da OIT que, em 1986, mencionavam expressamente em suas constituições o direito ao trabalho, previam também o dever de trabalhar.⁶² A título de exemplo, o art. 35 da Constituição espanhola estabelece que “*todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio*”, formando um conjunto de três conceitos que, no entanto, giram em torno da noção central de direito ao trabalho.⁶³ Contudo, o dever de trabalhar, contemporaneamente, costuma ser visto como uma obrigação ética de

⁶¹ A respeito, dentre vasta bibliografia, vale referir CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social; uma crônica do salário** (trad. Iraci D. Poleti). Petrópolis, Vozes, 1998. GOMES, Ângela de Castro. **A invenção do trabalhismo**. 2ª ed., Rio de Janeiro, Relume Dumará, 1994. LAMOUNIER, Maria Lúcia. **Da escravidão ao trabalho livre: a lei de locação de serviços de 1879**. São Paulo, Papirus, 1988.

⁶² MAYER, ob. cit., p. 284 e ss. Note-se que não estava presente, aí, o Brasil que não explicitava o direito ao trabalho na Constituição de 1967, então vigente.

⁶³ BAYLOS GRAU, **El derecho al trabajo como derecho constitucional**, ob. cit., p. 19.

participação na vida produtiva da sociedade na medida de suas possibilidades (e, acresça-se, na medida da realização ótima das necessidades de quem a ele está obrigado), mas desprovido de sanção jurídica⁶⁴, sob pena de caracterizar-se o trabalho forçado, amplamente coibido nos textos normativos internacionais.⁶⁵ López Gandía ressalta, inclusive, o caráter paradoxal de estatuir-se um dever de trabalhar, em uma sociedade em que alguns setores vivem do parasitismo.⁶⁶

Robert Alexy ressalta que não há uma conexão necessária entre o direito ao trabalho e o dever de trabalhar, uma vez que este se refere à decisão do Estado em deixar ou não aos cidadãos a identificação do seu interesse em trabalhar.⁶⁷ Mas o interesse em impor este dever de trabalhar em determinadas condições – um trabalho assalariado, por exemplo – é tanto maior quanto mais estiverem asseguradas as demais condições de existência. Assim, quem tem uma renda mínima assegurada está menos sujeito ao dever material de trabalhar para subsistir, aumentando o interesse em que haja um dever formal de trabalhar. Isso torna claro que o direito de não trabalhar é inteiramente dependente das condições de possibilidade que advêm do direito ao trabalho, não se tratando de direitos conflitantes.

⁶⁴ SASTRE IBARRECHE, ob. cit., p. 93.

⁶⁵ MAYER, loc. cit. Vide convenções 29 e 105 da OIT, ambas incorporadas ao direito interno. Vale lembrar que, no Brasil, constitui crime de redução à condição análoga à de escravo, na forma do art. 149 do Código Penal, não só o trabalho forçado, como também o trabalho degradante, de modo que, em raciocínio *a fortiori*, pode-se dizer que toda condição de trabalho degradante, do ponto de vista penal é também ilícita do ponto de vista do direito do trabalho, embora caiba ao direito do trabalho coibir também condições de trabalho que não sejam consideradas relevantes do ponto de vista do direito penal.

⁶⁶ *Apud* SASTRE IBARRECHE, loc. cit. Para uma defesa da posição dos “rentistas”, mas, ao mesmo tempo, concordando com a sanção aos beneficiários do seguro desemprego que recusem um emprego, ver MARTÍN VALVERDE, Antonio. **Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española de 1978**. In VV.AA., *Derecho Del trabajo y de la seguridad social en la Constitución*. Madrid, CEC, 1980, p. 195,

⁶⁷ ALEXY, **Teoría de los derechos fundamentales**, ob. cit., p. 493.

A Constituição brasileira de 1988, contudo, não previu expressamente o dever de trabalhar, à diferença daquelas de 1937 e 1946. Não obstante, tal dever pode comparecer indiretamente na legislação ordinária, como por exemplo, no art. 8º, I, da Lei 7.998/90, que determina o cancelamento do benefício do seguro desemprego pela recusa, por parte do trabalhador desempregado, de outro emprego condizente com sua qualificação e remuneração anterior. Não há, aí, potencial colisão com direito ao trabalho, uma vez que o art. 7º, II, da Constituição assegura o direito ao benefício em face do desemprego desde que seja este involuntário.⁶⁸

Por outro lado, considera-se incompatível com a eficácia irradiante do direito ao trabalho em sua dimensão objetiva, a tipificação da contravenção penal de vadiagem, presente no art. 59 do Decreto-Lei 3.688/41. Primeiro, porque não se assegura efetivamente às pessoas o direito ao trabalho – e não a qualquer trabalho –, em termos de liberdade fática, como se esclarece adiante, donde a ninguém pode ser imputada como falta a situação de não trabalhar, uma vez que o que se verifica, aí, é a verdadeira exclusão social, com expulsão, de um ser humano, das condições que lhe abrem a perspectiva concreta de participar dos benefícios da coletividade por meio de um trabalho autônomo e digno. O assumir, assim, a condição de não reconhecido, não pode ser criminalizado pela mesma

⁶⁸ Mais complexa é a situação do trabalho do condenado a pena privativa de liberdade, ao qual a lei atribui a obrigação de trabalho interno, na medida de suas aptidões e capacidade (art. 31 da Lei de Execuções Penais), assegurando-lhe o direito à atribuição de trabalho e sua remuneração, mas excluindo a incidência das normas da CLT (art. 28, § 2º). Considera-se que, ao menos naquelas hipóteses em que o trabalho do apenado é tomado por ente privado (arts. 34, 36 e 37), sendo por ele dirigido, não há como afastarem-se as normas do art. 7º da Constituição, relativas aos direitos de todos os trabalhadores. Não é essa, porém, a posição dominante da jurisprudência. É relevante, ainda, que o art. 32 da LEP estabelece todo um conjunto de delimitações do conteúdo do trabalho do apenado, de adequação a sua condição física e pessoal, coibindo, inclusive, a realização de trabalhos artesanais sem expressão econômica, donde se deduz um direito a um trabalho com sentido.

sociedade que nega efetividade ao direito ao trabalho. Segundo, a liberdade de trabalho inclui, como mínimo, a dimensão negativa de que o indivíduo não poderá ser coagido a trabalhar, estando proscritos do ordenamento jurídico pátrio quaisquer formas de trabalho forçado, na forma das Convenções 29 e 105 da OIT, do art. 149 do Código Penal com a redação dada pela Lei 10.803, de 11.12.2003 e do art. 5º, XIII e XLVII, c, da Constituição.⁶⁹ Terceiro, o dispositivo é francamente discriminatório, pois o bem jurídico protegido – o pacto social de produtividade – é afetado tanto pela vadiagem do pobre, quanto pelo parasitismo dos rentistas, com a agravante de que este último atua sem qualquer constrangimento fático e produz efeitos muito mais nocivos à coletividade, ao deslocar recursos da esfera da produção para a esfera da especulação financeira. No entanto, o tipo legal pretende punir apenas o pobre “vadio”, excluindo de sua incidência aquele que tem fonte de renda.⁷⁰

⁶⁹ No mesmo sentido, GOMES, Fábio, ob. cit., p. 115-120.

⁷⁰ Este aspecto é ressaltado no julgado que segue: PENAL: CONTRAVENÇÃO - VADIAGEM - NECESSÁRIA PRÉVIA SINDICÂNCIA, ONDE A AUTORIDADE DEVE INVESTIGAR OS INDICATIVOS DE TRABALHO FEITOS PELO ACUSADO - A PRODUÇÃO DE PROVA É UMA OBRIGAÇÃO DO ÓRGÃO DE ACUSAÇÃO, E NÃO DO ACUSADO QUE APENAS A INDICA - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Em dias de crise por que passamos, onde conseguir um emprego equivale à sorte grande da loteria, a acusação de vadiagem deve ser exaustivamente provada pela autoridade policial em anterior sindicância, sob pena da prática de flagrante injustiça por conta de inexplicável insensibilidade social. Provado que o acusado teve emprego lícito e certo, e que estava selecionado para cargo de motorista de empresa definida, não há como acusá-lo de vadio. Ademais, o dispositivo contravencional em comento é visivelmente discriminatório, pois dirigido apenas ao pobre, pois há inúmeras pessoas ricas e de posse que vivem no mais completo e absoluto ócio, sem nada produzir de útil para a sociedade, e que por tal não são acusadas pelas autoridades de serem vadias. Recurso conhecido e provido. TJDF, APR-EI 1340194-DF, Relator(a): P. A. ROSA DE FARIAS Julgamento: 23/11/1994 Órgão Julgador: Câmara Criminal Publicação: DJU 15/02/1995 Pág. : 1.444.

5.4.2. Liberdade de profissão e direito de trabalhar

Conforme ressalta Sastre Ibarreche, a expressão formal “direito ao trabalho” surge no contexto da sociedade liberal, que pretende impor as práticas de livre mercado de trabalho frente às limitações das corporações. Expressava, nesse início, um direito de liberdade negativa de dispor livremente de sua capacidade de trabalho. Só mais adiante é que a identificação entre liberdade formal de trabalhar e direito ao trabalho vai se desfazer, quando, no contexto dos conflitos sociais do século XIX, marcados pela miséria e pelo desemprego, passa a ser afirmado também como um direito social de cunho positivo: sem a intervenção do Estado não há como prover as condições para a liberdade de trabalhar.⁷¹

A liberdade de trabalho, diz Supiot, vem sendo entendida não só em um sentido meramente formal, de liberdade negativa, como também de modo reducionista, uma vez que se refere apenas ao trabalho abstrato, que se aliena no assalariamento mediante a redução de seu valor ao valor de troca. Assim entendida, a liberdade de trabalho serviu, sobretudo, para limitar o desenvolvimento do direito coletivo do trabalho, conferindo direitos ao indivíduo frente à coletividade – de não fazer greve, de não sindicalizar-se, etc.⁷²

⁷¹ SASTRE IBARRECHE, ob. cit., p. 25-30 e 87-88. Ainda, p. 25: “En cualquier caso, y por encima de la textualidad de las palabras, el sentido de ese derecho al trabajo que algunas normas de la época parecen reconocer casi nunca irá más allá del establecimiento de la libertad de trabajo. En efecto, el emergente capitalismo precisaba la superación de régimen gremial y de todas las cortapisas que éste implicaba, para poder contar con los necesarios excedentes de mano de obra imprescindibles para el funcionamiento del sistema. La libertad de trabajo como premisa y el contrato como instrumento para la canalización de la utilización masiva del trabajo asalariado, conforman las bases jurídicas iniciales del primer capitalismo”

⁷² SUPIOT, Alain. **Crítica del derecho del trabajo**. Madrid, MTAS, 1996, p. 287-288.

Sastre Ibarreche não só refuta essa visão reduzida da liberdade de trabalhar, como também demonstra, com propriedade, que não é adequado contrapor o direito fundamental de greve ao direito fundamental ao trabalho (no sentido de liberdade de trabalhar) do fura-greve. O que identifica este último (*el esquirol*, no castelhano), não é o fato de trabalhar, mas o fato de não fazer greve, de rechaçar a mobilização coletiva, ao passo que a essência da greve não é o abandono do trabalho (há diversos tipos de greve em que se trabalha), mas a luta coletiva, de reivindicação, de protesto, de solidariedade, de manifestação política. Assim, o que está em questão, no caso do fura-greve, é o seu direito negativo de greve e não a liberdade de trabalhar. Assim, quando ambos os direitos entram em colisão, do coletivo em greve e daqueles que dele dissentem, trata-se de definir aquele direito que deve, concretamente, prevalecer, sabendo-se que não há, *a priori*, um mais relevante que o outro.⁷³

Na doutrina espanhola, notabilizou-se a assertiva de seu Tribunal Constitucional, na STC 22, de 02 de julho de 1981, que assentou que “el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar; supone también el derecho a un puesto de trabajo” distinguindo as duas noções. Contudo, não desenvolve as garantias necessárias a assegurar esse direito, o que, repisa-se, não implica a sua não juridicidade.⁷⁴ Como se verá adiante, esse direito a um posto de trabalho

⁷³ SASTRE IBARRECHE, ob. cit., p. 144-149. Ressalta ainda o autor, p. 146, secundando a Garcia-Perrote, que o direito ao trabalho também sustenta o direito à ocupação do local de trabalho, pois “la ocupación constituye una manifestación del derecho al trabajo, como mecanismo de tutela de la pretensión de los trabajadores a mantenerse en el empleo. (...) Así, la huelga con ocupación ‘es instrumental a la defensa del derecho al trabajo, y es probablemente en los conflictos en materia de empleo el único instrumento capaz de tutelar inmediata y eficazmente las razones de los trabajadores’.”

⁷⁴ FERRAJOLI, **Derechos y garantías**, ob. cit., p. 63-65.

constitui-se em uma diminuta parcela do direito ao trabalho, talvez a mais difícil de garantir, ainda que uma das mais prementes.

O constitucionalista brasileiro José Afonso da Silva, a partir do art. 5º, XIII, da Constituição⁷⁵, explicita o que denomina de **liberdade de ação profissional**, que abriga dois aspectos: a liberdade de escolha do trabalho e a liberdade de exercício do ofício ou profissão escolhidos. Cuida, aí, justamente de uma liberdade individual formal, de caráter negativo, pois não se ocupa das condições materiais e efetivas de acessibilidade ao trabalho. Distingue-se, aquela, portanto, do direito social ao trabalho, uma vez que este vem impregnado daquilo que

“a doutrina chama liberdade do conteúdo social, pois que ali [na liberdade formal de ação profissional] não se garante o trabalho, não se assegura o conteúdo do trabalho, nem a possibilidade de trabalho, nem o emprego nem tampouco as condições materiais para a investidura num ofício ou para a aquisição de qualquer profissão. Isso, sim, seria direito social.”⁷⁶

Por outro lado, como ressalta Silva, o direito individual ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, entronca-se, embora não se confunda, com o direito social ao trabalho, no qual inclui, entre outros aspectos, o direito de acesso a uma profissão, à orientação e formação profissionais, à livre escolha do trabalho.⁷⁷ Pode-se acrescentar, ainda, o direito do trabalhador de aceitar

⁷⁵ Art. 5º, XIII: “É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.”

⁷⁶ SILVA, José Afonso da, ob. cit., p. 256.

⁷⁷ Idem, ibidem, p. 289.

ou não um trabalho e de por término a uma relação de trabalho, como outras manifestações dessa dimensão negativa da liberdade de trabalho.

Na realidade, as condições fáticas de possibilidade de sustentar-se, de obter uma determinada formação, de ter outras alternativas de trabalho, são substancialmente determinantes da liberdade de trabalhar. Essa concepção negativa de liberdade formal corresponde a uma prática jurídica que não leva em consideração as necessidades reais dos sujeitos e, em especial, dessa necessidade básica que é o trabalho, sem a qual não se pode falar de uma vida autônoma e digna. Uma liberdade sem as condições necessárias ao seu exercício (capacidades, na nomenclatura de Amartya Sen) é como abrir para o sujeito a porta de uma jaula que se mantém içada no meio do oceano. Como reconhece a Observação Geral 18 do Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais da ONU, “para milhões de seres humanos de todo o mundo, o desfrute pleno do direito a um trabalho livremente escolhido ou aceito segue sendo um objetivo longínquo”. E, como visto, isso não significa apenas uma contradição entre o direito e exigências éticas. Trata-se de uma contradição do direito consigo mesmo, com sua razão de ser enquanto institucionalidade.

Daí não decorre, por certo, que a liberdade de trabalhar seja juridicamente inútil. O primeiro aspecto já foi referido no item anterior, como limitação à imposição do dever de trabalhar. O segundo, está nas limitações à liberdade de ação profissional. Decorre do art. 5º, XIII, da Constituição, que somente a lei formal pode estabelecer as condições para o seu exercício. Ademais, trata-se de uma reserva de lei qualificada, pois a limitação deve observar a relação de pertinência entre o requisito legal e a finalidade a que se

pretende atingir com a sua introdução.⁷⁸ Bem assim, a própria limitação está limitada por outros direitos de índole constitucional.⁷⁹

A par dessa diferenciação analítica, não se pode deixar de considerar apropriada a posição dos autores que ressaltam uma dualidade do direito ao trabalho, que se apresenta tanto como direito de conteúdo social, quanto como direito de liberdade.⁸⁰ Trata-se, como já visto, de um direito complexo que envolve uma diversificada gama de posições jurídicas, não sendo redutível a qualquer de suas expressões parciais.

Contudo, somente quando à liberdade negativa se agregam, no dizer de Robert Alexy, elementos de liberdade fática que possibilitam, realmente, optar por fazer ou não fazer o que lhe é permitido é que essa normatividade se desenvolve. Comentando a interpretação dada pelo Tribunal Constitucional alemão do direito à livre escolha de centros educativos e de profissão, ressalta:

... el derecho de libertad no es interpretado exclusivamente como derecho de defensa. En tanto tal, no podría contribuir en nada para la fundamentación. Sólo puede convertirse en una parte substancial de la

⁷⁸ GOMES, Fábio, ob. cit., p. 181. O autor cita, entre outros, o exemplo da exigência de habilitação especial para o exercício da profissão de condutor de ônibus em que existe essa relação de pertinência, ao passo que exige-la de quem pretenda exercer a função de cobrador do ônibus seria claramente inadequado, violando a liberdade de trabalho. ÁVILA, ob. cit., p. 170, cita, também, importante precedente do STF, Pleno, Repr. 930-DF, rel. para o acórdão Min. Rodrigues Alckmin, DJU 2.9.1977, p. 5.969, em que se a exigência legal de atestado de capacidade para o exercício da profissão de corretor de imóveis não atingia o pretendido fim de controle, introduzindo uma restrição irrazoável e violando, assim, a liberdade de profissão.

⁷⁹ Recentemente, em 17.06.09, o STF, no julgamento do RE 511.961, entendeu não recepcionado pela CR/88, por ferir a liberdade de expressão (art. 5º, XI) e também contrariar o direito à livre manifestação do pensamento inscrita no artigo 13 da Convenção Americana dos Direitos Humanos, a exigência de diploma de jornalismo para o exercício da profissão de jornalista, conforme disposto no art. 4º, V, do Decreto-Lei 972/1969. Ou seja, o legislador está limitado ao estabelecer qualificações profissionais, também por outros direitos. Não se entra na *vexata questio* de se a exigência de curso superior é meio idôneo para evitar danos à coletividade pelo exercício da função de jornalista. Não se pode, porém, deixar de ver, aí, um efeito que não foi destacado nos votos dos Ministros: a liberalização do mercado de trabalho de jornalista, com todas as suas consequências, inclusive no que respeita retirar do Estado e a delegar, apenas ao mercado, a atribuição das condições necessárias ao livre exercício dessa profissão tão relevante à cidadania.

⁸⁰ MONEREO PEREZ e MOLINA NAVARRETE, ob. cit., p. 320.

fundamentación si es referido a los “presupuestos necesarios para la realización” del derecho de libertad, es decir, si es interpretado en el sentido de la garantía de una porción de libertad fáctica.”⁸¹

Desta forma resulta claro como a liberdade de trabalhar somente se efetiva mediante o reconhecimento de um mínimo existencial correspondente à satisfação das necessidades básicas (não mínimas, conforme se viu), integradas também pelo trabalho. Incorporada a dimensão fática que é, no capitalismo, integrada por relações de desigualdade de poder, isso implica que a liberdade de trabalhar exige uma atuação constante do dever do estado de proteger o trabalhador frente aos constrangimentos que essa desigualdade acarreta à liberdade de trabalhar. E esse dever de proteção pode se aplicar inclusive na limitação à livre contratação do trabalho pelo trabalhador.

No caso célebre conhecido como do “arremesso do anão”, ocorrido na França em 1991, uma atividade de entretenimento abjeta envolvia um concurso de arremesso à distância de uma pessoa portadora de nanismo. O próprio trabalhador, em litisconsórcio com seu empregador, ajuizou, perante o Tribunal Administrativo de Versailles, uma demanda postulando anular o ato da autoridade municipal que interditara o “espetáculo”, por ofensivo à dignidade do trabalhador-projétil em questão. Alega que a deficiência física o colocava em situação de desigualdade no mercado de trabalho e que voluntariamente aceitou aquela condição, pois precisava de meios de subsistência para sua dignidade.

Ora, em tais condições, fazer prevalecer a “autonomia da vontade” do trabalhador amesquinhado em sua dignidade pela condição degradante de

⁸¹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 424.

trabalho seria fechar os olhos para as condições estruturais de constrangimento que determinam justamente a ausência daquela autonomia.⁸² O mesmo raciocínio, *a fortiori*, levaria à aceitação do trabalho de crianças e adolescentes que necessitam contribuir para a renda familiar. Nessas condições, não é assegurando a expressão da “vontade que reside na mercadoria”, no caso, a mercadoria força-de-trabalho, que propiciará a autonomia à pessoa humana, que é algo inteiramente diverso.

Ainda cabe diferenciar o direito ao trabalho do direito de trabalhar. Com apoio em Joaquim Salgado, Gabriela Delgado destaca, com razão, que “o direito fundamental ao trabalho digno não pode ser confundido com o direito de trabalhar, muito menos com o direito de escolher um trabalho, porque esses direitos pertencem à esfera da liberdade, ou seja, da faculdade individual de cada ser humano.”⁸³ O direito ao trabalho é bem mais amplo e engloba o direito de trabalhar, eis que este, em suma, não expressa mais que uma degradação do primeiro, correspondendo ao direito a competir no mercado de trabalho.

É sintomático, pois, que, na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2002, não se positivou o direito ao trabalho mas apenas, na forma do art. 15, que “toda pessoa” tem o direito a trabalhar, ao passo que a liberdade de buscar emprego, trabalhar, estabelecer-se ou prestar serviços em qualquer Estado membro é reconhecida apenas a “todo cidadão da União Europeia.”⁸⁴

⁸² Diverge-se frontalmente, neste ponto, da opinião de Fábio GOMES, ob. cit., p. 120-122.

⁸³ DELGADO, Gabriela. Ob. cit., p. 71.

⁸⁴ BAYLOS GRAU, **El derecho al trabajo como derecho constitucional**, ob. cit., p. 31.

5.5. A dimensão coletiva do direito ao trabalho: pleno emprego e contenção à despedida coletiva

A consideração classificatória do direito ao trabalho como direito social não o caracteriza, evidentemente, como um direito de titularidade unicamente coletiva. Grande parcela da normatividade desse direito, como também dos demais direitos sociais⁸⁵, é vindicável pelo trabalhador no âmbito individual. Tampouco parece correto fazer uma separação entre uma esfera individual, que diria respeito ao direito ao trabalho daquele que já se encontra ocupado em uma relação de trabalho e uma esfera coletiva, que diria respeito àqueles que se mantêm na pretensão de obter uma tal relação.⁸⁶ O direito ao trabalho tem dimensões individuais e coletivas presentes tanto no caso daqueles que estão trabalhando como no caso daqueles que, desempregados, procuram trabalho. Pode-se pensar no direito individual daquele que participa de um processo seletivo para um emprego a não ser discriminado, bem como no direito de uma coletividade de trabalhadores frente a uma despedida coletiva.

É bem verdade que a distinção entre uma esfera individual e uma coletiva auxilia a visualizar dimensões de exigibilidade do direito ao trabalho, dificultando que ele seja esvaziado mediante a degradação a uma mera exortação de objetivos em termos de nível de emprego aos quais se deve esforçar o poder público, submetendo-o à inteira mercê das variadas e incertas políticas de emprego. De fato, são comuns os pronunciamentos dos autores no sentido de

⁸⁵ SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, ob. cit., p. 431-432.

⁸⁶ Nesse sentido a distinção feita pelo TC espanhol na STC 22/1981, cf. BAYLOS, *El derecho al trabajo como derecho constitucional*, ob. cit., p. 30.

que, não sendo possível atribuir ao direito ao trabalho a garantia imediata a um direito subjetivo a um posto concreto de trabalho, ao passo que tampouco significa o direito a uma específica política de emprego, estaria ele desprovido de qualquer eficácia normativa do ponto de vista subjetivo. Como já se tratou, o direito ao trabalho engloba um feixe de posições jurídicas subjetivas e um conjunto de deveres objetivos que em muito ultrapassam esses dois aspectos específicos. Contudo, é mais correto identificarem-se com precisão as diversas dimensões individuais e coletivas do direito ao trabalho, podendo-se falar, em cada uma delas, de diferentes níveis eficaciais.

À míngua de maiores desenvolvimentos no âmbito da jurisprudência do STF, a referência ao direito comparado pode propiciar um importante ponto de partida da compreensão da dimensão coletiva do direito ao trabalho. No julgamento paradigmático da STC 22/1981, o Tribunal Constitucional espanhol deu destaque à diferenciação entre um duplo aspecto, individual e coletivo, do direito ao trabalho. O primeiro, que envolve toda a relação de emprego, incluindo um direito a um posto de trabalho (ainda que não acompanhado das garantias para sua exigibilidade imediata) e o direito a não ser despedido sem uma causa justa. O segundo, que envolve a política de emprego:

El derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar, supone también el derecho a un puesto de trabajo, y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en los arts. 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución, respectivamente. En su aspecto individual, se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacidad, y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser

despedidos si no existe una justa causa. En su dimensión colectiva, el derecho al trabajo implica además un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, pues en otro caso el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población lleva consigo la negación de ese mismo derecho para otra parte de la misma.⁸⁷

Afirmar cada uma dessas duas dimensões permite expurgar-se o prejuízo de que a vertente individual do direito estaria inteiramente subordinada à vertente coletiva do mesmo, no sentido de que não haveria uma normatividade própria do direito ao trabalho, cabendo apenas submeter-se aos desígnios da política de emprego de cada momento.⁸⁸ Uma coisa são as perspectivas eficaciais do direito ao trabalho em sua dimensão individual, que se desenvolvem adiante, e outra são aquelas que dizem respeito à política de pleno emprego. Embora políticas de pleno emprego sejam instrumentos de realização do direito ao trabalho,⁸⁹ este não se reduz a tais instrumentos.

Ora, a doutrina vem ressaltando que não se pode extrair, da dimensão objetiva do direito ao trabalho, um direito subjetivo a uma determinada política de pleno emprego.⁹⁰ Isso não afeta aquelas dimensões eficaciais individuais, cuja realização não passa diretamente por políticas de pleno emprego. Mesmo em uma hipotética situação de pleno emprego, continua a haver diversas formas de violação do direito ao trabalho possíveis, em termos de ausência de

⁸⁷ A doutrina espanhola é recorrente nos comentários a essa decisão. Ver, v. g., SASTRE IBARRECHE, ob. Cit., p. 130-137. BAYLOS GRAU, **Derecho al trabajo, política de empleo y jubilación forzosa pactada en convenio**, ob. cit. Idem, **El derecho al trabajo como derecho constitucional**, ob. cit. MONEREO PEREZ e MOLINA NAVARRETE, ob. cit. GUANCHE MARRERO, Alberto. **El derecho del trabajador a la ocupación efectiva**. Madrid, Civitas, p. 20-26.

⁸⁸ BAYLOS GRAU, **El derecho al trabajo como derecho constitucional**, ob. cit., p. 20.

⁸⁹ SASTRE IBARRECHE, ob. cit., p. 81.

⁹⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais**, p. 34-36. SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, ob. cit., p. 316.

liberdade de escolha do trabalho, de degradação dos conteúdos da atividade de trabalho, negação do direito ao desenvolvimento e apropriação de saberes profissionais, níveis precarizados de proteção e reconhecimento, baixo nível de remuneração, etc. A ausência de direito a uma específica política de emprego tampouco impede que se vislumbrem deveres normativos do Estado e de particulares em relação a essa dimensão coletiva, de respeito, proteção e implementação, podendo-se inclusive cogitar de direitos subjetivos daí decorrentes.

A par disso, por certo que não é qualquer política de pleno emprego que se conforma à Constituição e aos demais textos normativos vigentes.⁹¹ Não é o momento, aqui, de discutir sobre a eficácia de específicas políticas públicas, ativas e passivas de promoção do emprego, uma vez que se cuida apenas de desenhar os contornos do direito ao trabalho e o papel que tais políticas cumprem em relação a ele.

No entanto, três diretrizes normativas podem ser desde logo estabelecidas, como critérios de juridicidade de políticas de pleno emprego à luz do direito ao trabalho: a) Na forma do disposto no art. 1º da Convenção 122 da OIT, que dispõe sobre a política de emprego, esta deverá procurar garantir o pleno emprego não só do ponto de vista quantitativo, mas, necessariamente, também do ponto de vista de sua plenitude qualitativa. Um objetivo de pleno emprego compreendido apenas do ponto de vista numérico, acarretando a degradação e precarização das condições de trabalho existentes não se conforma ao plexo

⁹¹ Para uma análise das políticas de trabalho e emprego no Brasil, à luz do direito ao trabalho, ver FONSECA, Maria Hemília, ob. cit., p. 202 e ss.

constitucional de valorização da dignidade no trabalho associados ao objetivo de busca do pleno emprego. Assim, trata-se de emprego pleno, no sentido de que corresponda aos conteúdos próprios do exercício do direito ao trabalho e não uma mera ocupação instrumental à obtenção de meios de subsistência. Dentre outros aspetos, isso envolve que o trabalhador tenha “todas as possibilidades de adquirir e de utilizar, neste emprego, suas qualificações, assim como seus dons”: b) Não é legítimo, do ponto de vista de um Estado de direito que reconhece e garante o direito ao trabalho, além de todo um plexo de comandos normativos valorizadores da dignidade humana no trabalho, a pura e simples transposição imediata de teorias econômicas acerca das causas do desemprego para a normatividade jurídica das relações de trabalho. Nesse sentido, as propostas que pretendem a retomada da regulação perversa das forças econômicas no âmbito das relações de trabalho, travestidas sob a roupagem de “flexibilização”, mediante a supressão de garantias normativas dos trabalhadores, propostas estas que fazem desse intuito o mote de promoção do pleno emprego, sob o suposto jamais comprovado de que o melhor que o sistema pode atingir é o equilíbrio econômico a que tende quando as forças produtivas são deixadas ao seu livre curso, não se conformam com a Constituição. Nessas perspectivas teóricas, a promoção do direito ao trabalho decorreria justamente da sua violação, pois somente permitindo a “liberdade” de enfrentamento entre oferta e demanda, se alcançaria o máximo possível de pleno emprego.⁹² Contudo, a Constituição em nenhum momento chancela ou “positiva” aquele suposto teórico que, ademais, engendra a total desvalorização do trabalho, na contramão das diretrizes constitucionais,

⁹² Assim, por exemplo, MARTÍN VALVERDE, ob., cit., p. 201-203.

consistindo verdadeira corrupção do código jurídico a sua transposição para o nível normativo.⁹³ c) As políticas de emprego deverão, simultaneamente, promover condições de proteção ao trabalho tanto na forma de trabalho assalariado, como nas formas não assalariadas de trabalhar. Contudo, como expressão do caráter qualitativo do pleno emprego, tais medidas não poderão significar o esvaziamento gradativo do standard jurídico do emprego juridicamente protegido, que corresponde ao mais elevado nível de proteção do trabalho – para o bem e para o mal – a que a sociedade capitalista brasileira logrou alcançar. Este aspecto será retomado adiante, na consideração do segundo nível do direito ao trabalho.

Ainda um outro âmbito da dimensão coletiva do direito ao trabalho cabe ser mencionado, sempre na perspectiva de desenhar os contornos de seu âmbito de aplicação demonstrando a virtualidade de ulteriores desenvolvimentos. Trata-se da contenção às despedidas coletivas que, no direito brasileiro, não recebem, ainda, um tratamento especial da lei, mas que vêm, gradativamente sendo distinguidas pela jurisprudência recente⁹⁴, ao menos em sede de dissídios coletivos de natureza jurídica.⁹⁵

⁹³ O questionamento das teorias econômicas de promoção do emprego, tanto de corte neoclássico, quanto de corte neokeynesiano, com vistas a suspender a possibilidade de uma mera transposição dessas teorias para o plano jurídico, foi feito pelo autor em WANDELLI, Flexibilização (mais, ainda ?), legislação do trabalho e a inversão ideológica dos direitos humanos. In MACHADO, Sidnei e GUNTHER, Luís Eduardo (org.). Reforma trabalhista e sindical – O direito do trabalho em perspectivas. Estudos em homenagem a Edésio Franco Passos. São Paulo, LTr, 2005, p. 57-91.

⁹⁴ EMENTA: DESPEDIDA EM MASSA. NULIDADE. NECESSIDADE DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA. GREVE DECLARADA LEGAL E NÃO ABUSIVA. Da greve. Legalidade. 1. A greve é maneira legítima de resistência às demissões unilaterais em massa, vocacionadas à exigir o direito de informação da causa do ato demissivo massivo e o direito de negociação coletiva. Aplicável no caso os princípios da solução pacífica as controvérsias, preâmbulo da CF; bem como, art. 5º, inciso XIV, art. 7º, XXVI, art. 8º, III e VI, CF, e Recomendação 163 da OIT, diante das demissões feitas de inopino, sem buscar soluções conjuntas e negociadas com Sindicato. Da despedida em massa. Nulidade. Necessidade de procedimentalização. 1. No ordenamento jurídico nacional a despedida individual é regida pelo Direito Individual do Trabalho, e assim, comporta a denúncia vazia, ou seja, a empresa não está obrigada a motivar e justificar a dispensa, basta dispensar, homologar a rescisão e pagar as verbas rescisórias. 2. Quanto à despedida coletiva é fato coletivo

regido por princípios e regras do Direito Coletivo do Trabalho, material e processual. 3. O direito coletivo do trabalho vem vocacionado por normas de ordem pública relativa com regras de procedimentalização. Assim, a despedida coletiva, não é proibida, mas está sujeita ao procedimento de negociação coletiva. Portanto, deve ser justificada, apoiada em motivos comprovados, de natureza técnica e econômicos e ainda, deve ser bilateral, precedida de negociação coletiva com o Sindicato, mediante adoção de critérios objetivos. 4. É o que se extrai da interpretação sistemática da Carta Federal e da aplicação das Convenções Internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil e dos princípios Internacionais constante de Tratados e Convenções Internacionais, que embora não ratificados, têm força principiológica, máxime nas hipóteses em que o Brasil participa como membro do organismo internacional como é o caso da OIT. Aplicável na solução da lide coletiva os princípios: da solução pacífica das controvérsias previsto no preâmbulo da Carta Federal; da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, e da função social da empresa, encravados nos artigos 1º, III e IV e 170 "caput" e inciso III da CF; da democracia na relação trabalho capital e da negociação coletiva para solução dos conflitos coletivos, conforme previsão dos arts. 7º, XXVI, 8º, III e VI e artigos 10 e 11 da CF bem como previsão nas Convenções Internacionais da OIT, ratificadas pelo Brasil nºs: 98,135 e 154. Aplicável ainda o princípio do direito à informação previsto na Recomendação 163, da OIT, e no artigo 5º, XIV da CF. 5. Nesse passo deve ser declarada nula a dispensa em massa, devendo a empresa observar o procedimento de negociação coletiva, com medidas progressivas de dispensa e fundado em critérios objetivos e de menor impacto social, quais sejam: 1º- abertura de PLANO DE DEMISSÃO VOLUNTÁRIA; 2º- remanejamento de empregados para as outras plantas do grupo econômico; 3º- redução de jornada e de salário; 4º- suspensão do contrato de trabalho com capacitação e requalificação profissional na forma da lei; 5º- e por último mediante negociação, caso inevitável, que a despedida dos remanescentes seja distribuída no tempo, de modo minimizar os impactos sociais, devendo atingir preferencialmente os trabalhadores em vias de aposentação e os que detém menores encargos familiares. TRT da 02ª Região. ACÓRDÃO Nº: SDC-00002/2009-0. PROCESSO Nº: 20281200800002001. Dissídio Coletivo de Greve. SUSCITANTE: AMSTED MAXION FUNDIÇÃO E EQUIPAMENTOS FERROVIÁRIOS S/A. SUSCITADO: SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS METALÚRGICAS e outros. Julgamento em 22.12.2008. Documento disponível no site: <http://www.trt02.gov.br/>, acesso em 20.03.2009

⁹⁵ CRISE ECONÔMICA - DEMISSÃO EM MASSA – AUSÊNCIA DE PRÉVIA NEGOCIAÇÃO COLETIVA – ABUSIVIDADE – COMPENSAÇÃO FINANCEIRA – PERTINÊNCIA. As demissões coletivas ou em massa relacionadas a uma causa objetiva da empresa, de ordem técnico-estrutural ou econômico-conjuntural, como a atual crise econômica internacional, não podem prescindir de um tratamento jurídico de proteção aos empregados, com maior amplitude do que se dá para as demissões individuais e sem justa causa, por ser esta insuficiente, ante a gravidade e o impacto sócio-econômico do fato. Assim, governos, empresas e sindicatos devem ser criativos na construção de normas que criem mecanismos que, concreta e efetivamente, minimizem os efeitos da dispensa coletiva de trabalhadores pelas empresas. À míngua de legislação específica que preveja procedimento preventivo, o único caminho é a negociação coletiva prévia entre a empresa e os sindicatos profissionais. Submetido o fato à apreciação do Poder Judiciário, sopesando os interesses em jogo: liberdade de iniciativa e dignidade da pessoa humana do cidadão trabalhador, cabe-lhe proferir decisão que preserve o equilíbrio de tais valores. Infelizmente não há no Brasil, a exemplo da União Européia (*Directiva 98/59*), Argentina (*Ley n. 24.013/91*), Espanha (*Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1995*), França (*Lei do Trabalho de 1995*), Itália (*Lei nº. 223/91*), México (*Ley Federal del Trabajo de 1970*, cf. texto vigente - última reforma foi publicada no DOF de 17/01/2006) e Portugal (Código do Trabalho), legislação que crie procedimentos de escalonamento de demissões que levem em conta o tempo de serviço na empresa, a idade, os encargos familiares, ou aqueles em que a empresa necessite de autorização de autoridade, ou de um período de consultas aos sindicatos profissionais, podendo culminar com previsão de períodos de reciclagens, suspensão temporária dos contratos, aviso prévio prolongado, indenizações, etc. No caso, a EMBRAER efetuou a demissão de 20% dos seus empregados, mais de 4.200 trabalhadores, sob o argumento de que a crise econômica mundial afetou diretamente suas atividades, porque totalmente dependentes do mercado internacional, especialmente dos Estados Unidos da América, matriz da atual crise. Na ausência de negociação prévia e diante do insucesso da conciliação, na fase judicial só resta a esta Eg. Corte, finalmente, decidir com fundamento no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho. Assim, com base na orientação dos princípios constitucionais expressos e implícitos, no direito comparado, a partir dos ensinamentos de Robert Alexy e Ronald Dworkin, Paulo Bonavides e outros acerca da força normativa dos princípios jurídicos, é razoável que se reconheça a abusividade da demissão coletiva, por ausência de negociação. Finalmente, não sobrevivendo mais no ordenamento jurídico a estabilidade no

Considera-se que, na ausência de disciplina legal específica no Brasil, pelo menos enquanto pendente, no STF, a decisão sobre a eficácia da denúncia à convenção 158 da OIT⁹⁶, é a imposição de deveres ao Estado de proteção e deveres ao empregador de respeitar o direito ao trabalho, diretamente considerado, em sua dimensão coletiva, que possibilita serem sindicadas judicialmente as despedidas coletivas.⁹⁷ O direito ao trabalho, neste caso, habilita ao Estado o controle sobre as despedidas que superam um determinado limiar de relevância numérica de trabalhadores em um determinado período de tempo, ainda que por motivos econômicos, técnicos e produtivos.⁹⁸ Nesse perspectiva, o exercício do direito potestativo de despedimento sem justo motivo reconhecido ao empregador, concretamente situado pode ser reputado abusivo, por violar o direito ao trabalho⁹⁹, além de outros valores constitucionais que vem sendo ressaltados na jurisprudência pioneira antes mencionada. Como nível mínimo de eficácia do direito ao trabalho em sua dimensão coletiva, que poderia corresponder ao núcleo essencial incontrastável do conteúdo desse direito fundamental nesse particular aspectos, pode-se afirmar o direito a que toda e qualquer despedida coletiva seja

emprego, exceto as garantias provisórias, é inarredável que se atribua, com fundamento no art. 422 do CC – boa-fé objetiva - o direito a uma compensação financeira para cada demitido. Dissídio coletivo que se julga parcialmente procedente. PROC. TRT/CAMPINAS 15ª REGIÃO Nº 00309-2009-000-15-00-4DC 2. Firmado por assinatura digital em 27/03/2009 conforme Lei 11.419 - AssineJus ID: 00944968, Rel. Des. José Antonio Pancotti. DOESP 30/03/2009.

⁹⁶ Objeto da ADI 1625, pendente de pedido de vista. Os artigos 13 e 14 da Convenção 158 disciplinam a despedida coletiva. Sobre a denúncia da Convenção 158, ver CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende. **La denuncia de tratados internacionales de derechos humanos. Estudio de caso: la denuncia del Convenio OIT 158 por el gobierno brasileño.** In Revista da Amatra VI, Recife, ano 4 (2001), n. 13, p. 41-52. Ressalta-se que, uma vez assentada a mutação da jurisprudência do STF no sentido de que os tratados internacionais são internalizados com hierarquia supralegal, a retomada da vigência da Convenção 158 da OIT, pela declaração de invalidade de sua denúncia, implicará na sua plena eficácia, sem os óbices encontrados pelo STF quando do julgamento da ADIn 1480, segundo os quais ela não poderia normatizar matéria reservada a lei complementar pelo art. 7º, I, da Constituição.

⁹⁷ Opinião semelhante tem FONSECA, Maria Hemília, ob. cit., p. 200-201.

⁹⁸ Nesse sentido, BAYLOS GRAU, **El derecho al trabajo como derecho constitucional**, ob.cit., p. 42-43.

⁹⁹ Sobre o abuso do direito de despedir, ver, do autor WANDELLI, **Despedida abusiva**, ob. cit.

previamente procedimentalizada pela via da negociação coletiva, quando deverão ser definidos os critérios de escolha dos empregados a serem despedidos e os parâmetros de compensação, sempre sujeita ao controle jurisdicional.¹⁰⁰

Aqui, a função social da empresa e do contrato de trabalho¹⁰¹ e o direito fundamental ao trabalho serão os parâmetros de aferição de juridicidade da dispensa coletiva, a serem apreciados em consonância com os valores sociais da livre iniciativa, sempre de modo que esta última não esvazie a primazia dos valores sociais do trabalho.

5.6. Os três níveis do direito ao trabalho

Uma vez concebido o direito ao trabalho como feixe de múltiplas posições jurídicas que se estrutura em uma dupla dimensão, subjetiva e objetiva e esclarecidos algumas nuances de seu conteúdo, uma vez que se o distingue de conceitos jurídicos conexos; e ressaltados aspectos de sua normatividade coletiva, cabe agora apontar para os diversos caminhos que o direito ao trabalho poderá se desenvolver dogmaticamente também como direito individual.

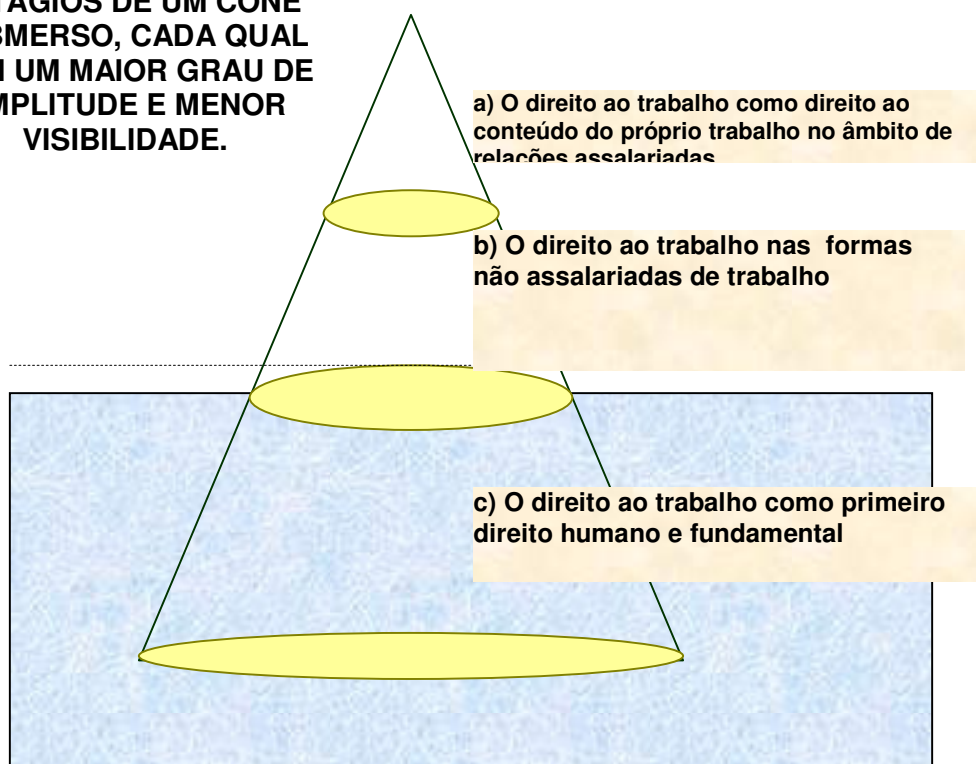
¹⁰⁰ No mesmo sentido das decisões anteriormente mencionadas entendeu o Des. Caio Vieira de Mello, do TRT da 3ª Região (MG) que: “No presente caso, tem-se notícia de dispensa indiscriminada em “exercício abusivo de um direito” de milhares de empregados sem qualquer critério e diálogo com o sindicato profissional. Salienta-se que a dignidade da pessoa humana, bem como o princípio da dispensa necessária sem desqualificação profissional e com indenização justa (art. 7º. I, da C.F.) é o que deve prevalecer, antecedida de ampla negociação, sob pena de acarretar ação de danos morais e materiais. A negociação deverá abranger os motivos da dispensa; o número e as categorias de profissões dos trabalhadores que serão dispensados; os prazos das dispensas, bem como os critérios de escolha dos que serão dispensados. A ausência de negociação e de fixação de critérios implica no deferimento, em parte, da liminar pretendida, assegurando-se o impedimento de demissões a partir desta decisão até que sejam estabelecidos critérios para a dispensa, mediante negociação com o sindicato profissional, com a presença, se necessário, do d. Ministério Público do Trabalho.”

¹⁰¹ Sobre a função social do contrato de trabalho na limitação à despedida, SOUZA, Rodrigo Trindade de. **Função social do contrato de emprego**. São Paulo, LTr, 2008, p. 179-186.

Descrevem-se sumariamente, a seguir, três níveis em que se pode decodificar analiticamente a eficácia normativa do direito ao trabalho, tendo como referência o sistema jurídico brasileiro. Seu encadeamento forma a imagem de diferentes estágios de um cone submerso, cada qual com um grau maior de amplitude e menor visibilidade, desde o ponto de vista das categorias do direito do trabalho. Esses três níveis dimensionam três distintos momentos da elaboração de um direito ao trabalho.

Sua representação iconográfica, seguindo a metáfora dos estágios de um cone submerso pode ser expressa na seguinte figura:

**TRÊS DIFERENTES
ESTÁGIOS DE UM CONE
SUBMERSO, CADA QUAL
COM UM MAIOR GRAU DE
AMPLITUDE E MENOR
VISIBILIDADE.**



5.6.1. O direito ao trabalho no âmbito de relações de trabalho assalariadas

O **primeiro** nível em que se manifesta o prejuízo reducionista que ignora o trabalho vivo nas relações jurídicas de trabalho não se resume às limitações à exigibilidade do direito ao trabalho enquanto trabalho abstrato. O principal prejuízo que se há de resgatar resulta em manter-se em estado de hibernação o desenvolvimento do direito ao trabalho em sentido concreto, o direito ao trabalho como dimensão essencial de desenvolvimento da própria corporalidade, no mesmo ato de entrega da força de trabalho assalariada.

Conforme consta do artigo XXIII da Declaração Universal de Direitos Humanos, tem o trabalhador direito a “condições justas e favoráveis de trabalho” e a uma “remuneração justa e satisfatória que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social”. O que se afirma, aí, é que o trabalhador tem direito a que as condições de trabalho não se situem abaixo de determinado limiar e a uma contraprestação que lhe assegure adquirir os meios para uma existência compatível com a dignidade humana. O trabalho, desta maneira, é visto apenas no aspecto parcial de um meio de satisfação de outras necessidades, nos limites da relação de alienação do trabalho. Perde-se, porém, a percepção do direito ao trabalho ele mesmo, de que o trabalho – inclusive, mas não só, o trabalho assalariado – não é só meio de subsistência, mas é em si uma via de realização da pessoa, de desenvolvimento criativo da sua corporalidade, de expressão e exteriorização, de humanização do mundo, de participação societária e de construção da subjetividade pelo reconhecimento.

Por isso, sendo o trabalho – aqui entendido como conjunto que contém, num plexo muito mais amplo, o trabalho assalariado – a necessidade primeira para uma vida digna e bem diretamente satisfator de necessidades humanas de desenvolvimento da corporalidade e de reconhecimento, há um direito ao trabalho que não se exaure no auferimento de condições de subsistência nem no respeito a limites extremos de degradação no trabalho. O que se pode chamar de um direito ao trabalho digno não pode se reduzir a um posto de trabalho em que se assegurem mínimos de subsistência e se evitem as formas mais graves de degradação.¹⁰² Muito além disso, aquele que trabalha tem um direito ao conteúdo do próprio trabalho em sentido concreto. Uma dimensão fundamental da existência humana, cuja negligência denuncia qualquer sistema jurídico. Esta é a principal inovação que a reconstrução da fundamentação do direito ao trabalho na teoria das necessidades traz para o seu conteúdo.

Portanto, desde um sistema jurídico que se funda na dignidade humana e nos valores sociais do trabalho e reconhece, a par da livre iniciativa, o direito ao trabalho, estabelece-se uma tensão pela qual não se pode deixar de afirmar, ainda que no interior de uma relação de trabalho assalariado, veiculada juridicamente pela forma contratual, um direito do trabalhador ao conteúdo do próprio trabalho, à relação que o sujeito mantém desde sua corporalidade com o

¹⁰² Essa visão, em certo sentido minimalista de “trabalho digno”, encontra-se expressada no parágrafo 7 da Observação Geral do CDESCs da ONU, vez que o conteúdo do trabalho digno, é visto apenas em termos de limites negativos de respeito à integridade física e mental e não do ponto de vista do interesse subjetivo positivo do trabalhador quanto ao conteúdo do seu trabalho, aspetos que, por sua vez, estão presentes na Convenção 122 da OIT: “7. El trabajo, según reza el artículo 6 del Pacto, debe ser un *trabajo digno*. Éste es el trabajo que respeta los derechos fundamentales de la persona humana, así como los derechos de los trabajadores en lo relativo a condiciones de seguridad laboral y remuneración. También ofrece una renta que permite a los trabajadores vivir y asegurar la vida de sus familias, tal como se subraya en el artículo 7 del Pacto. Estos derechos fundamentales también incluyen el respecto a la integridad física y mental del trabajador en el ejercicio de su empleo.”

processo concreto de trabalho em seus aspectos individuais e coletivos. Vale dizer, a funcionalização do ato de entrega da força de trabalho à otimização do processo produtivo é contra-arrestada por um direito, próprio do trabalhador – o *proprium* do trabalhador¹⁰³ –, a que esse ato esteja em consonância com a sua realização corporal, ética, cultural, física, política, com a construção de identidades individuais e coletivas e que se consubstanciam no trabalho – ou seja, também nesse tipo de trabalho, ainda que não eliminada a alienação descrita por Marx.

Na relação da corporalidade trabalhadora com o conteúdo do trabalho residem aspectos absolutamente nucleares do desenvolvimento da personalidade, da mediação do sofrimento e da constituição saudável do sujeito que enlaçam a realização das necessidades e o reconhecimento. Indispensável, aqui, voltar a recorrer à psicodinâmica do trabalho de Christophe Dejours:

A experiência clínica nos ensina que, fundamentalmente, o sujeito em sua relação com o trabalho, espera que a organização do trabalho lhe ofereça uma possibilidade de contribuição. E não, como se diz com tanta freqüência, que ela lhe ofereça unicamente uma retribuição, nem que fosse em pagamento por seu sofrimento e pelo “sem-sentido” de sua situação subjetiva. Por trás desta expectativa de poder fornecer uma contribuição singular no campo do trabalho, há sem dúvida uma busca de identidade. O que mobiliza o sujeito em sua relação com a tarefa não é apenas a compulsividade, ou a força da pulsão, mas sim o propósito subjetivo fundamental de obter, em troca de seu envolvimento e de sua contribuição, um benefício em termos de sentido para si mesmo. Por trás da mobilização subjetiva, está a busca de identidade.¹⁰⁴

¹⁰³ A noção de “trabalho subjetivo” como “propriedade” é feita em Marx, nos Manuscritos de 1844: “Propiedad significa... comportamiento del sujeto que trabaja con las condiciones de su producción o reproducción como algo suyo”. *Apud* DUSSEL, **La producción teórica de Marx**, p. 227.

¹⁰⁴ DEJOURS, **Inteligência operária e organização do trabalho**, ob. cit., p. 294.

A essencialidade da relação concreta da corporalidade com o trabalho foi também expressada por Gilbert Simondon, que denunciava a redução do trabalho humano à vigilância e controle da operação das máquinas.¹⁰⁵ Em que pese a sua redução do trabalho à técnica, o aspecto relevante, aí, está em que, para ele, só há verdadeiro trabalho (diríamos, trabalho como satisfator de necessidades da corporalidade), “quando o homem deve acompanhar através da actividade do seu organismo, da sua unidade psicossomática, o desenrolar etapa a etapa da relação homem-natureza”¹⁰⁶. Por isso, sustenta que

Para reduzir a alienação, é necessário voltar a trazer para a unidade na actividade técnica o aspecto de trabalho, de esforço, de aplicação concreta que implica a utilização do corpo e a interação dos funcionamentos: o trabalho deve tornar-se actividade técnica.¹⁰⁷

Pode-se, aí, falar de um *valor de uso* do próprio trabalho, que não se confunde com o valor-trabalho do trabalho abstrato, nem com o valor de troca da força de trabalho, nem tampouco com o valor produzido ou mesmo com os valores de troca e de uso dos produtos que resultam desse trabalho. Cuida-se do trabalho não só como atividade funcionalizada à produção de bens para a satisfação de necessidades – dimensão que a modernidade capitalista esvazia em nome das utilidades abstratas –, mas, especialmente, como diretamente satisfator de necessidades de desenvolvimento da corporalidade. Uma dimensão de produção e desenvolvimento da própria corporalidade do trabalho vivo, um trabalho “para si” – para usar uma expressão que ecoa tanto em Foucault quanto

¹⁰⁵ SIMONDON, Gilbert. **Du mode d’existence des objets techniques**, *apud* VATIN, ob. cit., p. 19 e 159-170.

¹⁰⁶ Idem, *ibidem*, p. 160.

¹⁰⁷ Idem, *ibidem*, p. 19.

Hegel¹⁰⁸ – no mesmo ato de seu estranhamento como trabalho objetivado. Uma reaproximação entre tempo de trabalho e tempo de vida, no vetor do aumento de autonomia e não no vetor de aumento da heteronomia – a que equivale a redução de todo o tempo de vida a tempo de trabalho abstrato.

Essa dimensão do trabalho como valor de uso, como diretamente satisfator de necessidades de desenvolvimento da corporalidade, constitui parcela essencial e silenciada do conteúdo do direito fundamental ao trabalho. E encontra reconhecimento e previsão de garantia em um sistema constitucional pluralista, que reconhece tal direito a par do arsenal de direitos e garantias que estruturam as relações sociais tipicamente capitalistas.

É forçoso reconhecer que o cumprimento de um tal direito é permanentemente negado à classe que vive do trabalho no capitalismo. Mas essa é uma tensão ineliminável, enquanto o capital não puder criar valor sem o trabalho vivo. Na relação da corporalidade com o processo de trabalho há sempre momentos de resistência criadora, em que o trabalho concreto é reapropriado pelo trabalho vivo, ainda que espremidos sob a ampla subsunção da subjetividade trabalhadora pelo capital. Nesse aspecto, que, repita-se, sob o capital é restrito, diminuto, mas ineliminável, dada a expropriação dos meios de trabalho o capital assume a condição de uma mediação para o trabalho vivo.

Sob o ponto de vista estritamente jurídico-positivo, estabelece-se aí uma tensão entre o direito do trabalhador ao próprio trabalho e o direito do

¹⁰⁸ Nesse sentido é interessante observar como Foucault identifica no Hegel da Fenomenologia do Espírito o exemplo destacado da filosofia que resgata, no século XIX, a dimensão da transformação do ser pelo conhecimento e que “reencontra, sem dizê-lo, o cuidado com o cuidado de si”. FOUCAULT, Michel. **A hermenêutica do sujeito**. São Paulo, Martins Fontes, 2004, p. 38-39.

tomador dos serviços à entrega da força de trabalho contratada e que não se resolve com o pagamento da contraprestação econômica devida, ainda que o salário cumpra uma parcela fundamental na satisfação das necessidades dessas pessoas. O direito ao conteúdo do próprio trabalho, por integrar um sistema constitucional que abriga comandos contrários, vai colidir e entrar em tensão com outros bens juridicamente protegidos.¹⁰⁹ Isso não significa que ele irá sempre prevalecer. Mas a situação que hoje se percebe é que a tensão foi dissolvida pelo esvaziamento do pólo contrário, do direito ao trabalho, quando o ato de trabalho é visto apenas como a obrigação contratual da qual tem o trabalhador de se desincumbir, algo que é do interesse apenas do tomador de trabalho, que recebe a prestação, pouco interessando ao próprio prestador. Desta forma, o direito ao conteúdo do próprio trabalho nunca prevalece.

O “esquecimento” do direito ao trabalho, uma vez firmado o contrato, se evidencia, por exemplo, quando mesmo a doutrina mais qualificada deixa de considerar os seus aspectos mais gerais, não o qualificando nem dentre os chamados direitos constitucionais trabalhistas específicos nem dentre os chamados direitos trabalhistas inespecíficos.¹¹⁰ No entanto, resulta incompatível com sistemas constitucionais que reconheçam o direito ao trabalho o fato de que,

¹⁰⁹ Essa tensão expressa-se, nas palavras de Aldacy Rachid COUTINHO, em que “se cada ser humano tem direito à vida digna e o trabalho se inclui como potencialidade e condição de um direito humano fundamental, deve ser a questão laboral concebida no espectro constitucional, ultrapassando as fronteiras estreitas de uma contratualidade preocupada tão-somente com um intercâmbio de cunho econômico. O direito do trabalho, intervenção estatal no mercado de trabalho, deve se voltar como partícipe na construção de uma teoria dos direitos fundamentais.” Para essa autora, o primeiro desafio é situar a mercantilização da força de trabalho “sem que tal natureza reduza a pessoa à condição de objeto e, ao mesmo tempo reconheça no trabalho humano um critério de justiça em seu papel insubstituível, humanizador”. **Desafios para arquitetar trabalho como direito fundamental.** Texto inédito.

¹¹⁰ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos, In, SEMPERE NAVARRO, A. V. (dir) e MARTÍN JIMÉNEZ (Coord.), **El modelo social en la Constitución Española de 1978**. Madrid, MTAS, 2003, p. 229-249.

ao lado de direitos como o direito ao salário, direito de greve, de negociação coletiva, direito a férias, direito à limitação da jornada, bem como direitos de que são sujeitos os trabalhadores durante em relação ao trabalho, tal como quando fora dela, como direito à igualdade e não discriminação, direito à liberdade religiosa, direito à proteção da privacidade e intimidade, direito de acesso à justiça, liberdade de opinião política, etc., não conste a afirmação de um direito – e de direitos que o especifiquem – ao conteúdo do próprio trabalho como mediação que possibilite o auto-desenvolvimento pelo trabalho.

Mesmo na doutrina que se dedica especificamente ao direito ao trabalho, é comum que este seja tratado do ponto de vista do acesso a um posto de trabalho e da permanência neste posto, resistindo à ruptura promovida pelo tomador.¹¹¹ Mas não vem a doutrina cuidando do direito fundamental ao conteúdo do próprio trabalho ao longo do desenrolar da relação de trabalho.

Urge, pois, desobstruir as possibilidades de desenvolver dogmaticamente categorias jurídicas que reavivem o pólo negado dessa tensão e resgatem o trabalho não só como obrigação contratual, mas como uma contra-força jurídica que dimensiona todo o direito do trabalho. Somente a partir da recuperação dessa tensão é que se pode cogitar de resgatar o contrato como categoria jurídica renovada, capaz de veicular tanto as atribuições patrimoniais quanto os direitos fundamentais das pessoas dos contratantes.

Uma vez recuperada a força tensionadora do direito ao trabalho, abrem-se as perspectivas de desenvolvimentos dogmáticos importantes para as

¹¹¹ Assim, v.g. CASTILLO CÓRDOVA, Luís. **Algunas críticas al criterio del Tribunal Constitucional sobre la procedencia del amparo en defensa del derecho al trabajo**. In *Ipsa Jure Revista Virtual*. Corte Superior de Justicia de Lambayeque, n. 3 (nov. 2008), p. 75/96.

diversas fases da relação de trabalho assalariado. O direito ao trabalho, então, recupera sua centralidade no discurso do direito do trabalho, também servindo de fundamento, agora com maior consistência, para diversos conteúdos mais específicos.

Assim, o direito ao trabalho pode revelar sua força normativa, seja incidindo diretamente na solução do caso concreto, seja restringindo o âmbito de incidência de outros direitos, seja atuando com eficácia integradora e interpretativa de direitos já reconhecidos, enriquecendo o seu conteúdo ou mesmo posicionando mais adequadamente a fundamentação desses direitos.

Tenta-se arrolar, exemplificativamente, algumas dessas virtualidades do direito ao trabalho no âmbito de relações de trabalho assalariadas, envolvendo tanto a fase pré-contratual, quanto o desenvolvimento do contrato, quanto o seu término. Como se ressaltou, trata-se mais de identificar potencialidades que a serem desenvolvidas que propriamente proceder ao seu exame dogmático:

a) direito ao conteúdo do próprio trabalho, aspecto acima ressaltado, e que inclui um trabalho que seja capaz de desenvolver as capacidades humanas, em termos de conteúdo significativo, potencialidade para o desenvolvimento das próprias capacidades e dons (art. 1 da Convenção 122 da OIT), bem como ausência de aspectos nocivos de duração, intensidade, exposição a fatores nocivos, física e moralmente, ao trabalhador.

Os limites e condições de factibilidade do direito ao conteúdo do próprio trabalho haverá ainda que se definir. Não obstante, pode-se afirmar que tal aspecto do direito ao trabalho significa, desde logo, algo mais amplo que o direito

à ocupação efetiva, como previsto no art. 4.2. do Estatuto dos Trabalhadores da Espanha¹¹² e igualmente reconhecido na doutrina e jurisprudência brasileiras, no sentido de uma obrigação de “dar trabalho ao empregado e a de possibilitar a execução normal de sua prestação, proporcionando-lhe os meios adequados para isso”.¹¹³ Trata-se de uma ocupação efetiva qualificada que expressa o direito a que o trabalho seja uma efetiva via de desenvolvimento da personalidade do trabalhador, na qual possa aplicar suas aptidões físicas e mentais em condições que excluam fatores nocivos de segurança, salubridade e desgaste excessivo e de modo que possa ver reconhecida sua contribuição singular para a coletividade.

b) Direito a um padrão de trabalho juridicamente protegido.

Este aspecto do direito ao trabalho é aquele que diz respeito a um conjunto de direitos atribuídos ao trabalho assalariado e que, atualmente, se define como o padrão jurídico do emprego. Já se reiterou a importância desse padrão no contexto das relações de trabalho capitalistas. Embora se entenda que ele não exaure o campo de atuação do direito ao trabalho, ele é indispensável na atual quadra histórica, como padrão de proteção.

Daí decorrem dois aspectos essenciais. De um lado, um direito a que haja um tal padrão de proteção. De outro uma obrigação, de parte do Estado e dos particulares, de não violarem, inclusive mediante as leis definidoras do suposto fático de incidência desse padrão, assim como mediante práticas jurídicas

¹¹² Para uma perspectiva restrita do direito à ocupação efetiva, ver GUANCHE MARRERO, Alberto. **El derecho del trabajador a la ocupación efectiva**. Madrid, Civitas, 1993. SASTRE IBARRECHE, **El derecho al trabajo**, p. 183-192. MONEREO PEREZ e MOLINA NAVARRETE, ob. Cit., p. 328-329.

¹¹³ SÜSSEKIND, Arnaldo et alii. **Instituições de direito do trabalho**. 16ª ed., São Paulo, LTr, 1996, p. 256.

concretas de fraude ao regime legal de proteção. Este último, é o aspecto ressaltado no parágrafo 10 da Observação Geral 18 do CDESCs da ONU:

10. La alta tasa de desempleo y la falta de seguridad en el empleo son causas que llevan a los trabajadores a buscar empleo en el sector no estructurado de la economía. Los Estados Partes deben adoptar las medidas necesarias, tanto legislativas como de otro tipo, para reducir en la mayor medida posible el número de trabajadores en la economía sumergida, trabajadores que, a resultas de esa situación, carecen de protección. Estas medidas obligarán a los empleadores a respetar la legislación laboral y a declarar a sus empleados, permitiendo así a estos últimos disfrutar de todos los derechos de los trabajadores, en particular los consagrados en los artículos 6, 7 y 8 del Pacto. Estas medidas deben reflejar el hecho de que las personas que viven en una economía sumergida lo hacen en su mayor parte debido a la necesidad de sobrevivir, antes que como una opción personal. Además, el trabajo doméstico y agrícola debe ser debidamente regulado mediante legislación nacional, de forma que los trabajadores domésticos y agrícolas disfruten del mismo nivel de protección que otros trabajadores.

Assim, todo dever de proteção relacionado ao direito ao trabalho impõe ao Estado a obrigação de coibir quaisquer práticas empresariais potencialmente fraudadoras da incidência desse plexo jurídico de proteção ao emprego. Aí também se expressa a eficácia irradiante do direito ao trabalho, no sentido de impor interpretações restritivas à validade de práticas de terceirização das relações de trabalho, à medida que estas cindem a relação direta de reconhecimento, respeito e proteção que deve se estabelecer entre trabalhador e tomador de serviços.

Também se situam aí as limitações ao próprio poder legislativo, uma vez que este não está livre para dispor do suposto

fático de inclusão no regime protegido de emprego. Sendo a definição jurídica de emprego, decorrente dos dispositivos dos arts. 2º e 3º da CLT, o conceito pressuposto para a incidência de diversos dos direitos fundamentais previstos no art. 7º da Constituição, consituído-se como a principal plataforma de reconhecimento societário e de acesso a bens realizadores de necessidades básicas, não pode o legislador excluir arbitrariamente parcelas de trabalhadores desse conceito.

No direito comparado, o TC da Espanha, na STC 227/1998 entendeu que, embora a definição de trabalho por conta alheia não esteja presente na Constituição,

“eso no significa que el legislador tenga libertad plena para declarar no laboral una prestación de servicios determinada, sino que esta acción que debe llevar a cabo el legislador está vinculada por las notas caracterizadoras de la relación laboral y la comparación con las categorías o supuestos incluidos y excluidos de la tutela que presta el ordenamiento jurídico-laboral. Una vez que el legislador incorpora determinados criterios para definir la prestación de trabajo que cae en el ámbito regulado por el derecho laboral – como los contenidos en el art. 1.1 ET – y, partiendo de aquellos, ha acotado las relaciones contractuales que van a ser reguladas conforme a las finalidades y principios de tal ordenamiento, “no puede excluir del ámbito así configurado y de los derechos de él derivados a grupos de trabajadores o a determinados tipos de prestaciones en función de un criterio que, por injustificado o

irrazonable, resulte constitucionalmente inaceptable por contrario al principio de igualdad”.¹¹⁴

Nessa perspectiva, como já referido, a definição jurídica de emprego, embora tenha como referência dispositivos infraconstitucionais (arts. 2º e 3º da CLT), tem caráter materialmente jusfundamental. A expulsão arbitrária, irrazoável ou discriminatória de uma determinada relação de trabalho do âmbito de regulação do direito **do** trabalho implica uma violação do direito **ao** trabalho.¹¹⁵

c) Direito ao desenvolvimento das capacidades profissionais e à reapropriação dos saberes desenvolvidos durante a vigência da relação de emprego.¹¹⁶ Trata-se de um duplo aspecto no qual o direito ao trabalho envolve a apropriação dos saberes produzidos coletivamente no trabalho e que se constituem na tutela da profissionalidade do trabalhador.

Um primeiro âmbito afeta as políticas de capacitação para o trabalho, que nada mais são que uma – apenas uma – das condições fáticas necessárias à liberdade de trabalho. A capacitação profissional, nesse sentido, diz respeito à igualdade de condições e oportunidades de acesso a um posto de trabalho. Ela envolve o aspecto dinâmico da profissionalidade, na linha de um aprimoramento constante da capacidade potencial do trabalhador, conceituada como “adquisición continua de nuevas aptitudes que colocan al trabajador em disposición de mejorar su propia capacidad de trabajar y desempeñar funciones

¹¹⁴ BAYLOS, *El derecho al trabajo como derecho constitucional*, ob. cit., p. 26.

¹¹⁵ Idem, *ibidem*, p. 27.

¹¹⁶ ROMAGNOLI, Umberto. *Del derecho del trabajo al derecho para el trabajo*. Revista de Derecho Social, n. 2 (1998), p. 15-17.

siempre nuevas y diversas”.¹¹⁷ Mas a capacitação profissional não pode ser entendida apenas um direito instrumental, no sentido de uma formatação adequada do sujeito como força de trabalho disponível às necessidades da produção, aprendendo a trabalhar e a adaptar-se continuamente às mutantes exigências do mercado de trabalho. É também um direito fundamental de participação cultural e de cidadania. Mediante o trabalho se produzem bens culturais pelos quais o sujeito se constitui, na vida adulta, integrando-se à dinâmica do reconhecimento. A tutela da profissionalidade traz à toda a força da evidência dos reclamos do trabalho vivo, o qual que jamais se descola da força de trabalho entregue. Assim, o desenvolvimento da profissionalidade é o desenvolvimento da própria pessoa.¹¹⁸ Nesse sentido, a tutela da profissionalidade é um dos aspectos mais relevantes do direito ao conteúdo do próprio trabalho.¹¹⁹ Trata-se aí, pois, a um direito à formação profissional que deve contemplar a dimensão de uma cidadania integral que tem, na dotação de instrumental de saberes para o trabalho apenas um de seus aspectos.

O outro âmbito, que aí se refere, diz respeito à tutela da profissionalidade na medida em que ela se conecta ao patrimônio jurídico do trabalhador no interior do contrato de trabalho. Envolve, aí, direitos e obrigações relativos à promover as possibilidades das perspectivas de desenvolvimento pessoal no âmbito da empresa, bem como o impedimento da contratação ou de alteração do objeto da prestação laboral que impliquem em prejuízo à formação e

¹¹⁷ GIUNI, Gino, *apud* VALDÉS DE LA VEGA, Berta. **La profesionalidad del trabajador en el contrato laboral**. Madrid, Trotta, 1997, p. 18.

¹¹⁸ VALDÉS DE LA VEGA, ob. cit., p. 19.

¹¹⁹ Idem, *ibidem*, p. 16-17.

à promoção profissional do trabalhador. Ou seja trata-se tanto de não danificar a capacidade profissional do trabalhador, como também de enriquecê-la e melhorá-la.¹²⁰ Naturalmente que, aqui, apenas se desenha o lócus da questão. Este é um dos aspectos do direito do trabalho brasileiro que mais demanda um desenvolvimento dogmático e que pode ser iluminado pelo direito ao trabalho.

d) Direito à igualdade de tratamento nas oportunidades de trabalho. Este aspecto do direito ao trabalho anterior à celebração de um contrato de trabalho, associado à liberdade de trabalho, é um dos quais mais destaque recebe da doutrina¹²¹ e aquele no qual mais se concentram os esforços de desenvolvimento do direito ao trabalho no âmbito do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, em sua Observação Geral 18. Considera-se que escolha desse foco específico do direito do trabalho, em detrimento de todos os demais âmbitos, representa um grave esvaziamento do conteúdo do direito ao trabalho e das suas possibilidades normativas. Contudo, não se há de desconsiderar a sua importância. Daí a relevância de referir o parágrafo 12 da mencionada observação:

12. El ejercicio laboral en todas sus formas y a todos los niveles supone la existencia de los siguientes elementos interdependientes y esenciales, cuya aplicación dependerá de las condiciones existentes en cada Estado Parte:

¹²⁰ MONEREO PEREZ e MOLINA NAVARRETE, ob. cit., p. 349.

¹²¹ FONSECA, Maria Emilia, ob. cit., p. 183-190. SASTRE IBARRECHE, ob. cit., p. 169-182. BAYLOS GRAU, **El derecho al trabajo como derecho constitucional**, p. 30-31. MONEREO PÉREZ e MOLINA NAVARRETE, ob. cit., p 323-327. Sobre a responsabilidade civil decorrente da violação discriminatória do direito de igualdade no acesso ao posto de trabalho, ver COELHO, Luciano Augusto de Toledo. **Responsabilidade civil pré-contratual em direito do trabalho**. São Paulo, LTr, 2008.

a) *Disponibilidad*. Los Estados Partes deben contar con servicios especializados que tengan por función ayudar y apoyar a los individuos para permitirles identificar el empleo disponible y acceder a él.¹²²

b) *Accesibilidad*. El mercado del trabajo debe poder ser accesible a toda persona que esté bajo la jurisdicción de los Estados Partes. La accesibilidad reviste tres dimensiones:

En virtud del párrafo 2 del artículo 2, así como del artículo 3, el Pacto proscribe toda discriminación en el acceso al empleo y en la conservación del mismo por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física o mental, estado de salud (incluso en caso de infección por el VIH/SIDA), orientación sexual, estado civil, político, social o de otra naturaleza, con la intención, o que tenga por efecto, oponerse al ejercicio del derecho al trabajo en pie de igualdad, o hacerlo imposible. Según el artículo 2 del Convenio N° 111 de la OIT, los Estados Partes deben "formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto". Son muchas las medidas, como la mayoría de las estrategias y los programas destinados a eliminar la discriminación en cuanto al empleo, según se señala en el párrafo 18 de la Observación general N° 14 (2000), sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, que se pueden aplicar con consecuencias financieras mínimas mediante la promulgación, modificación o revocación de leyes o a la difusión de información. El Comité recuerda que, aun en tiempo de limitaciones graves de recursos, se debe proteger a las personas y grupos desfavorecidos y marginados mediante la adopción de programas específicos de relativo bajo costo.¹²³

¹²² Nesse sentido, MONEREO PÉREZ e MOLINA NAVARRETE, ob. cit., p. 324-325 referem-se ao direito ao estabelecimento de um serviço público de colocação, que tem como fundamento o direito ao trabalho.

¹²³ Sobre o direito ao trabalho na dimensão da promoção proteção e respeito da igualdade de acesso ao trabalho das pessoas com deficiência, ver FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **O trabalho da pessoa com deficiência. Lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa.** São

La accesibilidad física constituye una de las dimensiones de la accesibilidad al trabajo, como se puntualiza en el párrafo 22 de la Observación general Nº 5 sobre las personas con discapacidad.

La accesibilidad comprende el derecho de procurar, obtener y difundir información sobre los medios para obtener acceso al empleo mediante el establecimiento de redes de información sobre el mercado del trabajo en los planos local, regional, nacional e internacional;

c) *Aceptabilidad y calidad*. La protección del derecho al trabajo presenta varias dimensiones, especialmente el derecho del trabajador a condiciones justas y favorables de trabajo, en particular a condiciones laborales seguras, el derecho a constituir sindicatos y el derecho a elegir y aceptar libremente empleo.

e) Proteção em face da despedida¹²⁴. Este aspecto, no âmbito das relações assalariadas, é o eixo sobre o qual giram os aspectos mais determinantes para todos os demais direitos decorrentes da relação de emprego. Frente à desproteção em face da despedida, todos os demais direitos associados à relação de emprego ficam materialmente esvaziados. Vale mencionar que o princípio da continuidade das relações de emprego foi reconhecido, pelo STF, como um corolário do plexo normativo constitucional de proteção do trabalho. Sua normatividade, intimamente associada ao direito ao trabalho, impôs, inclusive a invalidação dos parágrafos introduzidos no art. 453 da CLT, por criar uma

Paulo, LTr, 2006. MELO, Sandro Nahmias. **O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência: ação afirmativa**. São Paulo, LTr, 2004.

¹²⁴ BAYLOS GRAU, **El derecho al trabajo como derecho constitucional**, p. 32-40, Idem, **Por una (re)politización de la figura del despido**, p. 12-14. SASTRE IBARRECHE, **El derecho al trabajo**, p. 243 e ss. MONEREO PÉREZ e MOLINA NAVARRETE, ob. cit., p.329-335. FONSECA, Maria Hemília, ob. cit., p. 194-201.

modalidade de rescisão do contrato de trabalho incompatível com essa continuidade.¹²⁵

Daí que se pode inferir que a efetiva proteção em face da despedida constitui também o núcleo essencial do direito fundamental ao trabalho. Nesse sentido, o direito potestativo do empregador em despedir que é reconhecido no direito brasileiro segundo o entendimento jurisprudencial e doutrinário predominante, pode, concretamente, revelar-se abusivo, também por violar o direito ao trabalho.¹²⁶ Em diversos países, a exemplo de Espanha¹²⁷, Itália¹²⁸, e Peru¹²⁹, a exigência de uma causa justa e séria como condição de

¹²⁵ "Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 3º da Medida Provisória n. 1.596-14/97, convertida na lei n. 9.528/97, que adicionou ao artigo 453 da Consolidação das Leis do Trabalho um segundo parágrafo para extinguir o vínculo empregatício quando da concessão da aposentadoria espontânea. Procedência da ação. (...) **Os valores sociais do trabalho constituem: a) fundamento da República Federativa do Brasil (inciso IV do artigo 1º da CF); b) alicerce da Ordem Econômica, que tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, e, por um dos seus princípios, a busca do pleno emprego (artigo 170, caput e inciso VIII); c) base de toda a Ordem Social (artigo 193).** Esse arcabouço principiológico, densificado em regras como a do inciso I do artigo 7º da Magna Carta e as do artigo 10 do ADCT/88, desvela um mandamento constitucional que perpassa toda relação de emprego, no sentido de sua desejada continuidade. A Constituição Federal versa a aposentadoria como um benefício que se dá mediante o exercício regular de um direito. E o certo é que o regular exercício de um direito não é de colocar o seu titular numa situação jurídico-passiva de efeitos ainda mais drásticos do que aqueles que resultariam do cometimento de uma falta grave (sabido que, nesse caso, a ruptura do vínculo empregatício não opera automaticamente). O direito à aposentadoria previdenciária, uma vez objetivamente constituído, se dá no âmago de uma relação jurídica entre o segurado do Sistema Geral de Previdência e o Instituto Nacional de Seguro Social. Às expensas, portanto, de um sistema atuarial-financeiro que é gerido por esse Instituto mesmo, e não às custas desse ou daquele empregador. O Ordenamento Constitucional não autoriza o legislador ordinário a criar modalidade de rompimento automático do vínculo de emprego, em desfavor do trabalhador, na situação em que este apenas exercita o seu direito de aposentadoria espontânea, sem cometer deslize algum. A mera concessão da aposentadoria voluntária ao trabalhador não tem por efeito extinguir, instantânea e automaticamente, o seu vínculo de emprego. Inconstitucionalidade do § 2º do artigo 453 da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pela Lei n. 9.528/97." (ADI 1.721, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 11-10-06, *DJ* de 29-6-07). No mesmo sentido: AI 524.281-AgR-ED, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 2-9-08, *DJE* de 20-2-09; AI 565.894-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 30-5-06, *DJ* de 10-11-06.

¹²⁶ Remete-se, neste aspecto do abuso do direito potestativo de despedir no direito brasileiro, ao já mencionado trabalho WANDELLI, **Despedida abusiva: o direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade**.

¹²⁷ SASTRE IBARRECHE, ob. cit., BAYLOS, Antonio e PÉREZ REY, Joaquín. **El despido o la violencia del poder privado**. Madrid, Trotta, 2009.

¹²⁸ FERRAJOLI, **Derechos y garantías**, ob. cit., p.

validade para a despedida é derivada diretamente do conteúdo do direito ao trabalho ainda antes da incorporação dessa restrição à legislação infraconstitucional.

Este é um debate crucial e inadiável para o direito ao trabalho no âmbito brasileiro, embora não se poderá desenvolvê-lo aqui, pois demandaria um inteiro trabalho a respeito. A perspectiva de uma reviravolta no que se refere à vigência da Convenção 158 da OIT, cuja denúncia unilateral pelo Poder Executivo pende de julgamento na ADI 1625 pode ser a via mais plausível de transformação deste aspecto. Isto porque, com a mutação da jurisprudência do STF no sentido de que os tratados internacionais são internalizados com hierarquia supralegal, uma vez que se considere a invalidade da denúncia da Convenção 158 da OIT isso implicará na sua plena eficácia, sem os óbices encontrados pelo STF quando do julgamento da ADIn 1480, segundo os quais ela não poderia normatizar matéria reservada a lei complementar pelo art. 7º, I, da Constituição.

Um outro aspecto a considerar aí, além da invalidade do procedimento unilateral de denúncia pelo Poder Executivo, é a violação da vedação de retrocesso na implementação do direito ao trabalho. A este respeito, a Observação Geral 18 do CDESC considera que:

En cuanto a los demás derechos del Pacto, existe la intuición generalizada de que las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho al trabajo no son permisibles. Estas medidas regresivas son, entre otras, la denegación del acceso al trabajo a ciertos individuos o grupos, se base tal discriminación en la legislación o en la práctica, la

¹²⁹ CASTILLO CÓRDOVA, Luís. **Algunas críticas al criterio del Tribunal Constitucional sobre la procedencia del amparo en defensa del derecho al trabajo**. In *Ipsa Jure Revista Virtual*. Corte Superior de Justicia de Lambayeque, n. 3 (nov. 2008), p. 75/96.

suspensión de la legislación necesaria para el ejercicio del derecho al trabajo, o la aprobación de leyes o de políticas manifiestamente incompatibles con obligaciones jurídicas internacionales relacionadas con el derecho al trabajo. Un ejemplo de ello sería la instauración del trabajo forzado o **la revocación de una legislación que proteja al asalariado contra el despido improcedente. Dichas medidas constituirían una violación de la obligación de los Estados Partes de respetar el derecho al trabajo.** (grifou-se)

A par de uma violação de uma obrigação de direito internacional do Brasil, signatário do PIDESC, bem como do Protocolo de São Salvador, a referida denúncia significa no âmbito interno, uma violação da proibição de retrocesso na implementação do próprio direito ao trabalho.

De toda maneira, não se pode esquecer que a exigência de uma causa justa e séria para despedir, por mais que seja absolutamente desejável que seja regulada especificamente pela legislação, constitui parte do núcleo essencial do direito ao trabalho e, assim, deve-se considerar a sua exigência como uma das dimensões eficaciais do direito ao trabalho.¹³⁰

Outros diversos aspectos potenciais do direito ao trabalho, nesse nível, poderiam ainda ser ainda referidos, como, por exemplo: f) limitações às contratações precárias e temporárias¹³¹; g) direito a uma remuneração suficiente à satisfação das necessidades que demandem recursos financeiros individuais¹³²;

¹³⁰ Note-se que a exigência de causa justa para a despedida não esvazia a proibição da despedida abusiva. Esta somente tem lugar no âmbito em que se admite o direito potestativo de rescisão, que não eliminado, mas apenas comprimido, com a exigência de causa justa. Exemplo disso está na já referida proibição, por abusivas, das despedidas coletivas, ainda que fundadas em motivo econômico, técnico ou financeiro.

¹³¹ MONEREO PÉREZ e MOLINA NAVARRETE, ob. cit., p. 329-330

¹³² Ibidem, p. 350-352. Os autores ressaltam que o direito a uma remuneração suficiente envolve 3 destinatários: o Estado, que deve estabelecer um salário mínimo, os sindicatos, responsáveis pela fixação de um salário profissional e o empregador, pelo conceito de salário equitativo, o qual, no Brasil pode se derivar dos conceitos jurídicos de lesão de boa fé contratual objetiva. Note-se, ainda, que no Brasil, o direito a uma

h) limitações aos procedimentos organizacionais e proteção em face do assédio moral¹³³; i) direito à transferência, ao trabalho, dos ganhos de produtividade, em termos de redução da jornada.

São apenas alguns exemplos, tudo tendo com base o direito fundamental do trabalhador ao trabalho, como mediação essencial de desenvolvimento da corporalidade, atravessada também pelas relações de trabalho assalariado.

Também desde esse momento, o próprio conceito dogmático de duração do trabalho se permite reconceber, pois não é no caráter negativo do trabalho sobre a corporalidade do trabalhador, no cerceamento decorrente da disponibilidade para o empregador, que se deveria fundar o conceito de duração do trabalho – o tempo de trabalho nunca deixa de ser tempo de vida do trabalhador –, mas a partir da integração da corporalidade no processo de produção material ou imaterial, em seus diversos aspectos.¹³⁴

remuneração suficiente encontra suporte normativo positivado no já referido Protocolo de San Salvador. Note-se que, neste ponto, a teoria das necessidades pode oferecer importantes aportes para a elucidação do conteúdo do art. 7º, IV, da Constituição.

¹³³ GARCÍA HERRERA, Miguel Angel e MAESTRO BUELGA, Gonzalo. **Constitución y acoso moral**. Lan Harremanak, n. 7 (2002-II), p. 69-84.

¹³⁴ Deveras criticável, desde esse ponto de vista, o acórdão a seguir: “TEMPO DESPENDIDO, PELO EMPREGADO, EM CURSO DE ADMINISTRAÇÃO BANCÁRIA. HORAS EXTRAS. Não houve reconhecimento, pelo acórdão regional, de existência de coação do Banco para que o empregado freqüentasse o curso de administração bancária. O fato de haver interesse da empresa no aperfeiçoamento profissional dos seus funcionários não transforma o tempo dispensado pelo empregado no curso de administração bancária em tempo à disposição do empregador. Também há interesse por parte do empregado, que aprimorará seus conhecimentos, adquirindo maior capacidade para competir no mercado de trabalho. Além disso, a atitude da empresa, de arcar com a metade dos custos do curso freqüentado pelo empregado é louvável, e a condenação ao pagamento da parte do empregado inibiria a liberalidade das empresas, contribuindo para a má qualificação dos profissionais, um dos maiores problemas no atual mercado de trabalho de nosso país. Recurso de Revista conhecido e provido.” (TST RR 403465, 5ª T., Rel. Min. Conv. Guedes de Amorim, DJU 24.11.2000, p. 728)

5.6.2. O direito ao trabalho nas formas não empregatícias de trabalho

Um **segundo** nível de prejuízo, que ainda se situa na parte mais visível desse *iceberg*, já transcende o próprio trabalho assalariado típico: o modelo de sociedade salarial includente levou a uma tamanha redução do conceito de trabalho, que até mesmo as expressões do trabalho vizinhas ou assimiladas ao trabalho assalariado – autônomo, cooperativado, parceria, experiências empresariais autogestionárias, microempreendimentos, economia solidária, trabalho remunerado não subordinado no terceiro setor, etc, e que na atualidade vêm se tornando numericamente crescentes¹³⁵ – foram excluídas da proteção jurídica inerente ao reconhecimento do trabalho como direito fundamental. O paradigma da proteção jurídica do trabalho é o emprego, criando uma forte pressão pela evasão, fraudulenta, em boa parte dos casos, desse âmbito de proteção. Há dois movimentos diferentes, no mesmo rumo: tanto um esvaziamento do conceito de emprego, pela recusa de sua compatibilização com a realidade mutante das estratégias produtivas, o que abre espaço para a elisão fraudulenta, quanto o aumento relativo – ainda que seja menor que o alardeado – de formas não assalariadas de trabalhar

Essas formas de trabalho – ainda que parte delas correspondam a trabalho produtivo – foram deslocadas para o âmbito de uma pura contratualidade

¹³⁵ Trata-se, portanto, de uma categoria mais ampla que aquela utilizada por Ricardo ANTUNES como noção ampliada para designar a “classe que vive do trabalho”, identificando-a como a totalidade do trabalho assalariado. **Os sentidos do trabalho**. 2ª ed., São Paulo, Boitempo, 2000, p. 101 e ss. **O caracol e sua concha: ensaios sobre a nova morfologia do trabalho**, São Paulo, Boitempo, 2005, p. 50-52. Para um estudo sobre experiências de práticas produtivas alternativas ao trabalho assalariado e problematização de sua viabilidade, ver SANTOS, Boaventura Sousa (org). **Produzir para viver: os caminhos da produção não capitalista**. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2002.

civil, que nada mais é que uma espécie de *status* de sujeição, como se aí já não houvesse qualquer desigualdade estrutural e, sobretudo, como se aí já não houvesse mais a mesma dignidade do trabalho vivo.¹³⁶ Trata-se de formas de trabalho pessoal às quais, injustificadamente, não se reconhece o mesmo valor social do trabalho, constitucionalmente protegido.¹³⁷

Embora deva-se reconhecer ser viável – e quiçá desejável – uma proteção jurídica não uniforme às distintas formas de trabalho, a clivagem feita pelo direito do trabalho entre o trabalho subordinado e outras formas de viver do próprio trabalho levou a que não se desenvolvessem, para estas, o sentido de uma proteção jurídica que lhe assegurasse um patamar de inclusão.¹³⁸

Este é um outro aspecto no qual o direito do trabalho deve recompor o seu marco de vigência, concebido para o exclusivo âmbito do assalariamento. Ainda na década de 1930, Ronald Coase analisou que, ao passo que as transações entre as empresas eram baseadas pelo sistema de preços no mercado, no interior de cada empresa a coordenação da produção não era baseada em mecanismos de preços. Embora ao contratar trabalhadores o empresário compre um estoque de trabalho abstrato, cada trabalho concreto não é obtido pelo empresário junto aos trabalhadores mediante uma negociação

¹³⁶ Curiosamente, no direito cubano os trabalhadores autônomos não são considerados “trabalhadores” e sequer são protegidos pela previdência social.

¹³⁷ Relevante, a respeito, o estudo de Umberto ROMAGNOLI: **Redefinir las relaciones entre trabajo y ciudadanía: el pensamiento de Massimo D’Antona**, in Revista de Derecho Social, Madrid, n. 9 (2001).

¹³⁸ Conforme adverte Boaventura de Sousa SANTOS, embora avulte a crescente pluralidade das formas de trabalho, o reconhecimento de formas diferenciadas de trabalho, para ser democrático, somente é aceitável quando se assegure em cada uma delas um patamar mínimo de inclusão, ou seja, “o trabalho permanece como critério de inclusão”. As atuais formas de atipicização do trabalho, ao revés, vêm sendo utilizadas como artifício de transformar o trabalho em critério de exclusão, mediante a usurpação privada de prerrogativas regulatórias do estado, com a conivência deste, através da equiparação formal de partes contratantes em material de equilíbrio de poder. **Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo**, in OLIVEIRA, Francisco e PAOLI, Célia, *Os sentidos da democracia*, São Paulo, Fapesp/Vozes, 1999, p. 104-105 e 114-115.

baseada na relação oferta-demanda. No interior da firma o que prevalece, diz, é a função diretora e coordenadora do empresário (hierárquica),¹³⁹ que deve, por meio desses mecanismos, acrescenta-se, obter a atuação zelosa dos trabalhadores.¹⁴⁰

Essa forma hierárquica de coordenação da produção diversa do sistema de preços, no interior das empresas, não é eliminada.¹⁴¹ Contudo, à medida que a dominação do capital sobre o trabalho desloca-se crescentemente para as capacidades comunicacionais, relacionais, cooperativas, criativas, para a subjetividade dos trabalhadores e estes incorporam para si, ou seja, inscrevem nos seus corpos os deveres de produtividade e qualidade crescentes, à medida que estes passam a produzir a si e a vender a si como mercadorias, a frente de conflito desloca-se do interior da fábrica para a sociedade como um todo, onde são forjados os zelosos indivíduos-trabalhadores.¹⁴²

Com esse deslocamento, as empresas ampliam as possibilidades de externalizar, pela via da contratualização e do controle dos resultados, aquilo que antes dependia de uma estrutura interna hierárquica de comando, tanto no que se refere ao trabalho produtivo quanto improdutivo.¹⁴³ As empresas, assim,

¹³⁹ “Outside the firm, price movements direct production which is co-ordinated through a series of exchange transactions on the market. Within a firm, these market transactions are eliminated, and in place of the complicated market structure with exchange transactions is substituted the entrepreneur co-ordinating who directs production.” Ronald Coase, *The Firm, the market, and the law*. Apud HINKELAMMERT e MORA, **Cordinación social del trabajo, mercado y reproducción de la vida humana**, p. 307.

¹⁴⁰ “O zelo é precisamente tudo aquilo que os operadores acrescentam à organização prescrita para torná-la eficaz; tudo aquilo que empregam individual e coletivamente e que não depende da execução.” DEJOURS, Christophe. **A banalização da injustiça social**. 3ª ed., Rio de Janeiro, FGV, 2000, p. 30.

¹⁴¹ HINKELAMMERT e MORA, **Cordinación social del trabajo, mercado y reproducción de la vida humana**, p. 307-314, que ressaltam haver ainda outras duas formas de coordenação da produção no mercado, baseadas em relações de rivalidade e cooperação entre empresas e relações de organização.

¹⁴² GORZ, **Misérias do presente, riqueza do possível**, p. 53.

¹⁴³ No processo de ampliação da rede de telefonia brasileira decorrente da privatização do setor, na década de 1990, boa parte da atividade de construção das redes telefônicas foi feito mediante cadeias de subempreitada, em que a entrega da força de trabalho é regulada por contratos inter-empresariais. Cada uma das diversas empresas da cadeia tinha um grande número de empregados, mas praticamente nenhum patrimônio. As

tendencialmente se desencarregam do controle hierárquico e da “fidelização” dos trabalhadores, tão caros ao fordismo. Os efeitos dessa tendência se expressam no aumento do número de empregados precarizados, mas também na criação de todo um contingente crescente de trabalhadores assalariados (no sentido econômico) não empregados (do ponto de vista jurídico), como alguns tipos de autônomos, representantes comerciais, estagiários, mas também de trabalhadores não assalariados. Desde trabalhadores em domicílio, remunerados por resultados de sua produção (neste caso assalariados), fisioterapeutas e *personal trainings*, prestadores autônomos de serviço, até vendedores por conta própria de doces ou bilhetes de loteria nos semáforos de grandes cidades, incluindo-se ainda pequenos proprietários de alguns meios de produção, trabalhadores não remunerados e semi-remunerados,¹⁴⁴ observa-se uma importante alteração na estrutura da ocupação no Brasil e no mundo.¹⁴⁵

Desde a década de 1970, acompanha-se uma guinada na estrutura da ocupação que inclui: a progressiva redução da participação relativa do emprego industrial no total da ocupação, apenas parcialmente substituído pelo emprego no setor de serviços e doméstico; o estrutural crescimento do desemprego aberto; o aumento do emprego sem registro em carteira; um profundo

relações de propriedade mais evidentes eram as dos motoristas dos caminhões e máquinas, que eram donos dos veículos e, embora nitidamente subordinados, eram muitas vezes contratados como falsos autônomos.

¹⁴⁴ Sobre a ampliação dos trabalhadores não remunerados e semi-remunerados e perspectivas de sua proteção jurídica, ver RUIZ CASTILLO, María del Mar. El trabajo no retribuido: una importante tendencia restrictiva del derecho del trabajo. In **Revista de Derecho Social**, n. 30 (abr-jun 2005), Albacete, Bomarzo, p. 11-34.

¹⁴⁵ REVILLA ESTEVE, Eugenia. **La noción de trabajador em la economía globalizada**. Navarra, Aranzadi, 2003. Sobre a desfiliação, ver CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário**. São Paulo, Vozes, 1998. Vale referir a leitura feita por Francisco de OLIVEIRA, sobre essa alteração na estrutura da ocupação, vendo nesse processo de desfiliação da relação salarial formalizada a expansão inexorável de um “trabalho abstrato virtual”, não assalariado, de alta produtividade, em que a contraprestação do trabalho depende da prévia realização do valor produzido, criando um estatuto rebaixado da força de trabalho. **Crítica da razão dualista: o ornitorrinco**. São Paulo, Boitempo, p. 125-150.

processo concentração de renda e de precarização das diversas formas de ocupação; tudo com a destacada conivência do Estado, por ação e por omissão.¹⁴⁶ Contudo, o dado que se quer destacar desse contexto é o progressivo aumento relativo dos postos de trabalho não assalariado, em detrimento da participação relativa dos postos de trabalho assalariado, seja com registro formal, seja sem registro.¹⁴⁷ Em 1979, 75,8% dos ocupados não agrícolas no Brasil eram empregados com ou sem registro em carteira, aí incluídos os empregados domésticos e os empregados e funcionários públicos; em 1989 a participação desse mesmo grupo na ocupação era de 73,47%; em 1992, era de 71,7%; em 2001, de 71,23%.¹⁴⁸ Se incluído o segmento agrícola, em 2004 o contingente relativo de ocupados empregados (com e sem registro), inclusive doméstico e funcionários públicos cai para 62,9% do total de ocupados.¹⁴⁹ Esses números são menos impactantes que a impressão alardeada da eliminação do assalariamento, mas, mesmo, assim, não podem ser ignorados.

Ademais disso, também a estrutura do emprego é progressivamente integrada por um contingente cada vez maior de formas atípicas de assalariamento, em que a noção dogmática de subordinação se revela cada vez menos operacional e consentânea com a realidade.¹⁵⁰

¹⁴⁶ CACCIAMALI, Maria Cristina. A desfiliação do estatuto do trabalho na década de 1990 e a inserção dos ocupados, in CHAHAD, José Paulo e PICHETTI, Paulo (org.), **Mercado de trabalho no Brasil**. São Paulo, LTr, p. 247-284.

¹⁴⁷ POCHMANN, Marcio. **O emprego na globalização**. São Paulo, Boitempo, 2001, p 96-100.

¹⁴⁸ CACCIAMALI, ob. cit.

¹⁴⁹ FIBGE, PNAD – Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios – 2004, divulgada em 25.11.05, disponível em www.ibge.gov.br, acessado em 19.12.05.

¹⁵⁰ MELHADO, Reginaldo. **Poder e sujeição**. São Paulo, LTr, 2003. MACHADO, Sidnei. **A subordinação jurídica na relação de trabalho**. Curitiba, UFPR (Tese de doutoramento em direito), 2004. É oportuna a advertência feita por este último autor, p. 5-6, de que “uma postura passiva do direito do trabalho, mantendo-se firme na posição de qualificar ou não um contrato de trabalho pelo modelo tradicional da subordinação jurídica, pode implicar a exclusão gradativa de trabalhadores do direito do trabalho, pois o contrato de

Esses postos de trabalho diversos do emprego, formal ou informal – notadamente as variadas formas de trabalho autônomo, avulso, cooperado, pequenos empreiteiros¹⁵¹ –, porém, estão tendencialmente excluídos da consideração jurídica como “valor social do trabalho”, a despeito da previsão constitucional de ser o valor social do trabalho um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e da ordem econômica (CF, arts. 1º, III e 170). Essa exclusão decorre do reducionismo que vê apenas no trabalho subordinado a contraditória condição para que o “trabalho” tenha valor social e seja juridicamente protegido em igualdade de condições. Quanto aos “não subordinados” do ponto de vista jurídico, o direito – sob tal prejuízo – somente se restringiria a proteger uma mitológica autonomia da vontade, na qual se descarregariam todas as vicissitudes jurídicas dos conflitos de poder nas relações de trabalho.

Quando se sustenta a centralidade valorativa do trabalho para o sistema jurídico, como se compreende que seja este o caso da Constituição brasileira, essa centralidade não pode estar restrita ao trabalho assalariado ou, menos ainda, ao contrato de emprego regulado pela CLT.

Precisa, a respeito, a percepção de Rodriguez-Piñero, que enlaça, no direito ao trabalho, a perspectiva de ampliação da tutela laboral a formas de trabalho não subordinado e ressalta:

trabalho não mais se configuraria como a tendência de valorização da autonomia individual no trabalho. Ou seja, se houver mera resistência do direito do trabalho, não reconhecendo a diversidade da prestação de trabalho, há o risco de se promover a desfiliação de grandes massas de trabalhadores não mais identificados pelo tipo contratual.”

¹⁵¹ PELEGRINI, Mari Ângela. **Trabalhadores sem vínculo rurais e urbanos: do cais ao campo**. São Paulo, LTr, 2004.

El Derecho del Trabajo ha surgido como instrumento protector de un sujeto, que pone su persona en el centro de la relación contractual y que es un contratante débil por su desventajosa situación en el ámbito socioeconómico. (...) Sin embargo, esta consideración no ha tenido lugar en relación con el tratamiento negativo de las formas de trabajo autónomo o por cuenta propia, en las que se han contemplado sólo los criterios jurídico-formales y se ha prescindido de cualquier consideración sobre el efectivo margen de autodeterminación del trabajador o sobre el riesgo de excesiva sujeción ilimitada a los poderes del empresario, dada su situación real de desigualdad y debilidad.¹⁵²

A dicção de Rodriguez-Piñero, entretanto, está excessivamente focada no tema da autonomia negocial. Por isso, o reconhecimento da desigualdade estrutural da relação de poder entre trabalhador e tomador de serviços, seja em um trabalho tipicamente subordinado, seja em um trabalho autônomo, é visto como o “bilhete de ingresso” da proteção jurídica. O problema dessa visão, que apenas alarga a visão tradicional do direito do trabalho, substituindo a subordinação jurídica pela dependência econômica, está em que o “direito” só existe mediante o pagamento adiantado do preço da desigualdade. Quer dizer, o fundamento da tutela não é o direito ao trabalho em si, mas uma desigualdade estrutural que, uma vez aceita, deve agora ser terapêuticamente tratada. Um raciocínio que segue obscurecendo o pólo tensor do direito ao trabalho e que, portanto, cumpre ser invertido. É a partir do reconhecimento do direito ao trabalho de assalariados e não assalariados, com ou sem desigualdade, como *prius*, por si só merecedora de tutela jurídica que, depois, se abre, diante da

¹⁵² RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel. La dimensión del derecho del trabajo. In VILLALÓN, Jesús Cruz (Coord.). **XX Jornadas Universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales**. Sevilla, Mergablum, 2002, p. 23.

concretude da desigualdade estrutural em dada relação de trabalho, a necessidade da intervenção jurídica para buscar transferir poder e reequilibrar a relação.

Com isso, também, se evidencia a necessidade de recuperar para o trabalho em geral a incapacidade das leis de livre enfrentamento das forças no mercado de constituírem uma ordem social minimamente adequada. Bem assim, resgatar o valor jurídico das outras formas de trabalhar consiste essa numa tarefa indispensável na perspectiva de resgatar-se o sentido do trabalho para além de um “mal necessário” ou um mero fator econômico, mas sim como dimensão essencial do humano.

De alguma forma isso também significa desestabilizar a identidade tradicional do trabalho como trabalho assalariado. É sempre bom lembrar, com Waterman, que o “objetivo original do movimento operário [...] não era tanto um ‘pagamento diário justo para um trabalho diário razoável’, mas antes a ‘abolição do sistema salarial’”.¹⁵³ Mas deve-se atentar para que também essa forma de trabalhar precisa ser repensada, conquanto não se deva abandonar a revalorização do trabalho mesmo no assalariamento, o que aqui se entende ser uma condição necessária para uma reconstrução adequada do direito ao trabalho.

Nessa perspectiva avulta o tema da garantia de direitos fundamentais relativos ao trabalho aos trabalhadores não empregados. O dilema, aí, está em como assegurar uma não homogeneidade de tratamento que signifique, ao mesmo tempo, uma igual valorização jurídica das diversas formas

¹⁵³ WATERMAN, Peter. Emancipar o internacionalismo operário, in SANTOS, Boaventura S. **Trabalhar o mundo: os caminhos do novo internacionalismo operário**. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2005, p. 435.

de trabalhar, mas que tampouco signifique convivência com o processo de esvaziamento/não atualização do conceito jurídico de emprego, incentivando patamares reduzidos de proteção.

Por uma via de certa forma casual, esse dilema da extensão ou não das fronteiras da proteção jurídica ao trabalho está agora lançada na ordem do dia dos profissionais do direito do trabalho brasileiro. A Emenda Constitucional 45/04 acresceu à competência da Justiça do Trabalho diversas formas laborativas distintas da relação de emprego. Embora a definição da competência não afete diretamente o direito material aplicável, a unificação da competência, em um só ramo judiciário, das questões relativas a variadas manifestações do trabalho humano, submetendo-as ao estudo de uma mesma comunidade de intérpretes, evidencia a necessidade e cria as condições de uma certa unidade conceitual do tratamento jurídico do trabalho humano como direito fundamental.

Cabe ressaltar que a extensão da definição de competência da Justiça do Trabalho, após a EC 45/2004, ainda pende de acerbado debate na doutrina e na jurisprudência, oscilando entre extrema restrição, que praticamente mantém o âmbito de competência anterior e a extrema ampliação que inclui na competência da Justiça do Trabalho quaisquer relações jurídicas em que haja a prestação de um serviço ou execução de um trabalho.¹⁵⁴

¹⁵⁴ “O absurdo é que se levarmos a fundo esta proposição, constataremos que há trabalho em praticamente todas as relações sociais. Restariam para a Justiça Comum, por conseguinte, os conflitos decorrentes das relações de família, sucessão, comércio (sem prestação de serviço), e defesa da propriedade. Em suma, a Justiça do Trabalho seria a Justiça Comum e a Justiça Comum passaria a ser a Justiça especial.” SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Justiça do Trabalho: a Justiça do Trabalhador ?*, in COUTINHO, Grijalbo e FAVA, Marcos. **Nova competência da Justiça do Trabalho**. São Paulo, LTr, 2005, p. 183.

Em meio a esse debate, são oportunas as advertências quanto aos riscos dessa pretensão de dar tratamento jurídico protetivo às formas não assalariadas de trabalho. Nesse sentido, pondera Maurício Delgado que:

“A idéia de extensão dos direitos fundamentais a todo tipo de trabalho, se não manejada com sensatez e prudência, poderia simplesmente agregar força à tendência de desregulamentação e flexibilização do Direito do Trabalho. É que esta extensão tenderia a supor, por óbvio, a diminuição do rol de tais direitos, em face das inúmeras especificidades dos distintos segmentos de prestadores de serviços.”¹⁵⁵

O mero deslocamento do foco do direito do trabalho do emprego para as formas não salariais, levaria a uma depreciação das conquistas, em termos de direitos trabalhistas, obtidas pelo trabalho assalariado, na forma de um nivelamento por baixo, tendência implícita ou explícita em muitas manifestações.¹⁵⁶ Para Ricardo Cavalcante, “esse caminho, sob color de levar amparo legislativo para todos, acabaria estiolando a malha protetora atual, já que, ecertamente, precisaria haver uma redução dos direitos dos trabalhadores empregados para também contemplar os não-empregados, tudo supostamente em benefício de todos.”¹⁵⁷ A advertência é essencial. A ampliação de direitos fundamentais às formas não assalariadas de trabalho não pode significar nem uma homogeneização geral de direitos, que implicaria uma igualação por baixo, nem a substituição do modelo de proteção do emprego por um novo modelo débil de proteção em termos de uma inclusão excludente daqueles trabalhadores.

¹⁵⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Direitos fundamentais na relação de trabalho**, ob. cit., p. 84.

¹⁵⁶ A advertência é feita por SEN, Amartya. Trabajo y derechos. **Revista Internacional del Trabajo**. Ginebra, OIT, vol. 119, n. 2 (2000), p. 130.

¹⁵⁷ CAVALCANTE, Ricardo Tenório. **Jurisdição, direitos sociais e proteção do trabalhador: a efetividade do direito material e processual do trabalho desde a teoria dos princípios**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p. 46.

Antonio Baylos¹⁵⁸ fala de um processo de deslaboralização da prestação de trabalho, como possibilidade de empresas obterem trabalho fora do regime de proteção da relação de emprego, mediante dois caminhos: a fragmentação da tipologia legal do emprego e o deslocamento do trabalho para o âmbito da autonomia individual civil. A regulação do trabalho dos autônomos cria um patamar de proteção mais débil que aquele dos empregados, melhorando a condição dos autônomos, mas potencializando o esvaziamento do âmbito de aplicação da proteção ao emprego, por diversos caminhos:

- coíbe o alargamento legal e jurisprudencial do conceito de emprego, notadamente do conceito de subordinação ou de dependência¹⁵⁹, para acompanhar as transformações na realidade das relações de trabalho, rebaixando o patamar de proteção das novas situações;
- estimula o encobrimento fraudulento de legítimas relações de emprego pelos critérios jurisprudenciais atuais;
- estimula (fomenta explicitamente) que novos postos de trabalho sejam organizados somente sob a forma de trabalho autônomo, com padrão rebaixado de proteção o que significa uma violação da obrigação de promover o direito ao trabalho;
- facilita o esvaziamento conceitual do emprego pela jurisprudência, estimulando sua redução apenas às situações mais típicas de subordinação à

¹⁵⁸ BAYLOS GRAU, Antonio. Sobre la prestación de trabajo y su laboralidad. **Evocati Revista** n. 17 maio 2007 Disponível em: < http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=122 >. Acesso em: 30/09/2008.

¹⁵⁹ É da maior relevância, assim, o desenvolvimento de um conceito de subordinação estrutural, como vem sustentado por Maurício DELGADO, ob. cit., p. 86: “Estrutural é, pois, a subordinação que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento.”

moda fordista, rebaixando a proteção inclusive de formas atualmente sujeitas ao regime de emprego.

As transformações nas relações de trabalho (base fática) no sentido de ampliar a utilização de formas de trabalho menos típicas que aquela do trabalho assalariado fordista, acarretam do ponto de vista da eficácia irradiante do direito ao trabalho, a obrigação de atualização dos conceitos-chave do âmbito de aplicação do direito do trabalho, a fim de impedir-se a deterioração dessa essencial plataforma de proteção, reconhecimento e acesso a bens satisfatores de necessidades. Bem assim, implica em efetiva regressão na implementação do direito ao trabalho a regulação diferenciadora (embora protetiva em relação à situação anterior) de uma proteção débil, que ratifica e consagra o esvaziamento da proteção ao emprego. O mesmo se pode dizer das políticas de fomento do trabalho autônomo em detrimento do emprego.

Além disso, segundo alguns autores, o deslocamento do foco de preocupação da Justiça do Trabalho, das relações entre capital e trabalho para outras relações de trabalho em que não se dá esse confronto direto, como as relações de consumo, faria perder a razão de ser da Justiça do Trabalho, como ramo especializado, de proteção do trabalho assalariado, missão esta que ela sequer tem alcançado a contento.¹⁶⁰

Pensa-se, contudo, que o reconhecimento de uma certa unidade valorativa do trabalho humano sob as suas diversas formas, a partir do direito fundamental ao trabalho, o que não significa uniformidade de tratamento, em vez, possibilitaria ao direito do trabalho atualizar seu âmbito de aplicação sem levar a

¹⁶⁰ SOUTO MAIOR, ob. cit.

essa desqualificação. Bem assim, permitira o reconhecimento de direitos fundamentais a trabalhadores não empregados, cuja recusa é totalmente injustificada. No leque de direitos fundamentais previstos no art. 7º da CRFB há inúmeros direitos que não há porque se restringirem à relação de emprego.

Segundo Maurício Delgado, essa extensão de direitos somente se justificaria no caso de trabalhadores não empregados, mas sujeitos a condições que os tornam reais hipossuficientes, assim entendidos os trabalhadores eventuais e certa fração de hipossuficientes autônomos. Contudo, sustenta, essa extensão não se justificaria no caso de verdadeiros trabalhadores autônomos não hipossuficientes, pois “este tipo de trabalho livre nunca necessitou, ao longo da história, de ramo jurídico especializado para sua tutela, uma vez que tendia (e tende) a se afirmar, no plano econômico social, por suas próprias forças.”¹⁶¹

Considera-se injustificada essa restrição. **Primeiro**, porque o fenômeno do poder e da desigualdade é estrutural na sociedade e a necessidade de proteção frente aos poderes privados, embora seja especialmente relevante no assalariamento e em situações similares, é uma constante de todas as relações sociais. **Segundo**, porque a titularidade de direitos fundamentais de quem trabalha não pode ser condicionada à hipossuficiência, como se o rebaixamento a uma condição de sujeição devesse ser o bilhete de ingresso a uma condição de cidadania pelo trabalho. **Terceiro** eis que os aspectos estratégicos que preocupam, com toda razão, o renomado juslaboralista e já referidos, não determinam que, mediante uma injustificada exclusão dos trabalhadores não hipossuficientes da titularidade de direitos fundamentais se vão fortalecer os

¹⁶¹DELGADO, Maurício Godinho. **Direitos fundamentais na relação de trabalho**, ob. cit., p. 84.

direitos fundamentais do núcleo de trabalhadores empregados. Ao revés, na relação entre oferta e demanda, a existência de qualquer forma de trabalho desprotegido disponível afeta a todo o contingente de trabalhadores. **Quarto**, eis que o que se pretende é o reconhecimento de direitos fundamentais ao trabalho a trabalhadores que não estão sujeitos ao direito do trabalho e não a pura e simples extensão àqueles do **direito do trabalho**, o que poderia levar à perda de identidade desse ramo do direito. Neste sentido, pode-se pensar na ampliação do direito do trabalho, em sua identidade atual, para situações não empregatícias essencialmente similares, como a do trabalhador eventual¹⁶² e a de certas formas de trabalho autônomo economicamente dependente. Mas não é disso exatamente que se cuida aqui, mas sim da extensão de direitos fundamentais a todo aquele que trabalha, os quais não podem ficar subordinados a uma específica forma jurídica obrigacional, pois decorrem de sua condição de pessoa humana.¹⁶³ Assim, o reconhecimento de direitos fundamentais a trabalhadores não empregados não afeta, necessariamente, de forma direta, o objeto do direito do trabalho.

Trata-se, pois, de compreender, conforme se ressaltou no início deste capítulo, a adequada relação entre o direito fundamental ao trabalho e os direitos fundamentais do trabalho.

Desta forma, conforme se tratou ao final do item 3.1, este segundo nível implica a ampliação do reconhecimento do direito ao trabalho tanto no aspecto subjetivo, relativo à incorporação dos excluídos do direito ao trabalho da

¹⁶² Nesse sentido, em obra recente, sustenta Murilo C. S. OLIVEIRA, (Re)Pensando o princípio da proteção na contemporaneidade, São Paulo, LTr, 2009, p. 181, que “Resta incompatível com o valor da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho discriminar aquele trabalhador que labora por um período curto ou desvinculado aos fins da empresa. Não há mais porque não se proteger o trabalho eventual. O aspecto da eventualidade não foi cogitado como condição para a obtenção da tutela disposta no art. 7º da Constituição.”

¹⁶³ Idem, ibidem, p. 183.

sociedade salarial, o que não deixa de significar a ampliação do próprio objeto do direito ao trabalho quanto sob o aspecto propriamente objetivo, do aprofundamento dos conteúdos dos direitos de reconhecimento do trabalho. Também, conforme se ressaltou essa delicada operação de aplicação objetiva e subjetiva depende de dois requisitos que ora se repetem: **(a)** Não aceitar o esvaziamento do paradigma do emprego juridicamente protegido ao qual foram conduzidas grandes parcelas das populações, seja pela deterioração e não atualização do próprio conceito de emprego diante das transformações da organização do trabalho, seja mediante a fragmentação do standard jurídico do emprego com a introdução de hipóteses de emprego com direitos reduzidos. Cuida-se, ao revés, complementá-lo. **(b)** Assegurar que toda forma de trabalho seja capaz de assegurar, em termos de reconhecimento jurídico e solidário, patamares de acesso a bens, respeito e estima sociais que permitam diversificadas formas de vida digna daqueles que vivem do trabalho¹⁶⁴. Este segundo programa – sublinha-se vez mais – não pode ser considerado um substituto do primeiro.

Ressalvado, então, que o reconhecimento de direitos fundamentais decorrentes do trabalho não está restrito ao trabalho hipossuficiente, há de se concordar, no mais, com Delgado, ao sustentar que:

O processo de avanço dos direitos fundamentais nas relações de trabalho permite se vislumbrarem, em síntese, três importantes caminhos – que podem (e devem) concretizar-se de maneira harmônica e

¹⁶⁴ “(...) o reconhecimento dos diferentes tipos de trabalho só é democrático na medida em que cria em cada um deles um patamar mínimo de inclusão. Ou seja, o polimorfismo do trabalho só é aceitável na medida em que o trabalho permanece como critério de inclusão.” SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**, ob.cit., p. 379.

combinada. De uma parte, pela contínua e crescente busca de efetividade do próprio Direito do Trabalho – ramo que consiste, sem dúvida, no mais elevado patamar jurídico já atingido pelos prestadores de serviço subordinados na sociedade capitalista. De outra parte, pelo alargamento da própria abrangência deste segmento jurídico, em especial mediante a reconstrução do conceito do mais relevante elemento integrante da relação de emprego, a subordinação. Finalmente, pela construção de um processo extensivo dos direitos fundamentais trabalhistas a determinados vínculos não empregatícios, ainda que respeitada a necessária adequação desta matriz jurídica à especificidade de tais relações trabalhistas *lato sensu*.¹⁶⁵

Desde aí, não há porque deixar de assegurar direitos previstos na Constituição brasileira para todos os trabalhadores. Primeiro, em especial, o direito ao conteúdo do próprio trabalho, acima desenhado. Bem assim, direitos fundamentais tais como: o direito a não ser discriminado na relação de trabalho, inclusive em matéria de remuneração, na contratação ou na terminação do contrato; o direito a uma relação de trabalho em que esteja presente a boa-fé contratual como dimensão de proteção ao trabalho; o direito a uma contraprestação correspondente à satisfação de um conjunto básico de necessidades que demandem custo financeiro, quando se tratar de trabalhador economicamente dependente; o direito ao descanso e à limitação de jornada; direitos de proteção à saúde no trabalho; direito ao meio ambiente do trabalho saudável; proteção em face da automação; as limitações ao trabalho do menor; e, inclusive, a que haja uma justificativa especial para a outorga de tratamento distinto entre as diversas formas de trabalho, sobretudo para a exclusão de direitos assegurados ao trabalho assalariado.

¹⁶⁵ DELGADO, Maurício, ob. cit., p. 87.

5.6.3 O direito ao trabalho como primeiro direito fundamental

Um **terceiro nível**, e aí já se trata da parte submersa do *iceberg*, onde se encontram as determinações essenciais desse processo, está no ocultamento da primazia do trabalho humano, a subjetividade criadora, como primeira mediação para a satisfação de todas as necessidades dos sujeitos humanos no desenvolvimento de sua corporalidade, e na sua múltipla negação pela subsunção capitalista. A negação da irreduzível exterioridade do trabalho em relação à totalidade do capital e que reduziu o trabalho a sua dimensão meramente instrumental. “Só no capitalismo ‘trabalho para [finalidade] viver’”, diz Dussel citando Marx.¹⁶⁶

Nessa dimensão, o direito ao trabalho assume criticamente a reivindicação de um direito anterior e para além de todas as formas tipicamente capitalistas de trabalhar e que surge a partir da experiência de negatividade experimentada com a expropriação produzida pelo sistema-mundo capitalista.

Nos dois primeiros níveis mencionados, cuida-se de um direito ao trabalho que pressupõe a presença de possibilidade de trabalho. Já neste terceiro nível, cuida-se de um direito à possibilidade de vida pelo trabalho. É, nesse sentido, um direito que interpela, desde as necessidades dos sujeitos, pela dimensão radical do trabalho como necessidade humana, toda a ordem societária vigente, impulsionando não só ao contínuo aprimoramento de suas instituições, mas também à sua profunda transformação. A radicalidade do direito ao trabalho

¹⁶⁶ DUSSEL, *Ética da libertação*, p. 294.

exige, assim, não só um certo aspecto da tarefa de Sísifo de regular o capitalismo, mas aponta fundamentalmente, como sustenta Mészáros, para uma necessidade de mudança sistêmica radical.¹⁶⁷ O sentido dessa mudança é sintetizado por Antunes:

Criar um modo de produção e vida profundamente distinto do atual é, portanto, um desafio vital lançado por Mészáros. A construção de um modo de vida dotado de sentido recoloca, neste início do século XXI, a necessidade imperiosa de construção de um novo sistema sociometabólico, de um novo modo de produção baseado na atividade autodeterminada, na ação dos indivíduos livremente associados (Marx) e em valores para além do capital. A atividade baseada no tempo disponível para produzir valores de uso socialmente úteis e necessários – contrária à produção baseada no tempo excedentes para a produção exclusiva de valores de troca para a reprodução do capital – torna-se vital.¹⁶⁸

Contudo, o tempo da “longa transição” – e só quem jamais olhou para a história é capaz de imaginar que o capitalismo será eterno – não é como dizia Paulo Freire, um tempo de espera vã, mas é um tempo de muito o que fazer.

Nesse sentido, o direito ao trabalho tem desde logo, elevada importância no âmbito das relações assalariadas, com vistas a prover de oportunidades de trabalho digno – não de qualquer trabalho. Trata-se de um direito que afeta todas as políticas públicas relativas à ordem econômica e social.

Pode-se dizer que é um direito a que haja políticas que promovam o emprego em sentido pleno, ou seja, sob a forma juridicamente protegida do emprego como melhor patamar propiciado pela sociedade capitalista ao

¹⁶⁷ MÉSZÁROS, *A crise estrutural do capital*, ob. cit., p. 28.

¹⁶⁸ ANTUNES, Ricardo, Introdução, In MÉSZÁROS, *A crise estrutural do capital*, ob. cit., p. 16.

trabalho.¹⁶⁹ Mas também, trata-se de um direito ao trabalho em um sentido muito anterior e mais amplo que o de alguma das formas de trabalho sob o capital. O direito a uma sociedade em que haja a efetiva possibilidade de obter com autonomia, pelas próprias capacidades, a reprodução e desenvolvimento da vida, o que inclui, também, essencialmente, o direito à possibilidade de alternativas de vida que não se subordinem às formas capitalistas de trabalhar.

Esse âmbito mais amplo constitui, na verdade, a base a partir da qual emerge a reformulação dos outros dois níveis. É aqui, onde o trabalho de concretização do sentido normativo se torna mais difícil, nos quadros do sistema normativo vigente. Sobretudo, no que se refere à articulação entre a dimensão individual e a dimensão coletiva do direito ao trabalho.

Neste ponto, cumpre articular corretamente as perspectivas que sustentam a recuperação do direito ao trabalho com aquelas que o opõem a um direito a uma renda mínima garantida de modo inteiramente desvinculado do trabalho, inclusive como condição para que se possa reinventar a relação humana com o trabalho a partir da perda dos marcos de vigência da sociedade salarial. Entre outros autores, André Gorz sustenta associar três medidas: a) garantir a todos uma renda suficiente independente de realizar um trabalho; b) combinar a redistribuição do trabalho com o controle individual e coletivo do tempo; c) favorecer o florescimento de novas socialidades, de novos modos de cooperação e de troca por meio dos quais os elos sociais e a coesão social sejam criados fora do assalariamento.¹⁷⁰

¹⁶⁹ DELGADO, ob. cit.

¹⁷⁰ GORZ, André. **Misérias do presente, riqueza do possível**, p. 93.

Com razão, Gorz ressalta que, para uma nova sociedade possível, é necessário reconhecer “que direito ao trabalho e direito ao não-trabalho são de igual importância e estão indissociavelmente ligados. O primeiro não pode existir sem o segundo.” Contudo, essa afirmação deve ser seguida em seu rigor lógico e deve também ser reversível. O direito ao não-trabalho não pode existir sem o direito ao trabalho. Ou seja, conforme já se ressaltou, de um lado, uma garantia de renda mínima é essencial para que haja efetiva liberdade de escolha e de aceitação de um trabalho, em termos de liberdade fática. Por outro lado, uma garantia de renda mínima desvinculada ao trabalho, por si, não satisfaz o direito ao trabalho, entendido este bem a que serve o direito como um complexo de elementos essenciais do humano que não se satisfazem com a garantia de subsistência econômica. A radicalidade do direito ao trabalho reside nesse direito – do qual, afinal, desde os princípios da forma social capitalista se tratava de reivindicar – a poder viver e produzir auto-responsavelmente e de forma digna.

Os três níveis do direito ao trabalho, aqui mencionados, porém, articulam-se em uma recuperação reconstrutiva do sentido do trabalho como direito, em que as categorias jurídicas ganham em capacidade de estar a serviço da reapropriação do trabalho pelos sujeitos corporais e concretos.

Por força dos prejuízos implicitados no discurso jurídico do direito ao trabalho, essa categoria encontra-se inteiramente obliterada, resultando no silenciamento das potencialidades normativas do direito fundamental ao trabalho. Pode-se dizer que dessa limitação conceitual, que não vê maiores perspectivas para o direito ao trabalho, decorre até mesmo o desinteresse prático generalizado dos constitucionalistas e mesmo dos juslaboralistas, no tratamento daquela que

constitui sua categoria fundante. A tarefa que se apresenta consiste, pois, em reconstruir, a partir desse marco teórico, a fundamentação do trabalho como um direito fundamental desde novos conceitos, que permitam ultrapassar esse beco sem saída em que se encontra paralisado, desobstruindo o processo de luta pelo trabalho como direito.

Entre outras coisas, é preciso admitir que estamos inseridos em um contexto em que a referência generalizadamente compartilhada de um projeto de vida em comum que atualmente coloniza, de modo quase absoluto, nosso imaginário social, é o imaginário capitalista.¹⁷¹ Desta forma, como ressalta Boaventura Santos, a viabilidade de alternativas às formas de sociabilidade desenvolvidas no capitalismo “pelo menos a curto e médio prazos, depende em boa medida da sua capacidade de sobreviver no contexto do domínio do capitalismo.”¹⁷²

Mas, sobreviver nesse contexto – de uma sociedade eticamente impossível – implica também ser capaz de estar mais além da sua estrita reprodução e de ser capaz de submeter as nossas instituições às necessidades da vida.

¹⁷¹ SECO MARTÍNEZ, José Maria. Nuestra democracia: de los mitos al contexto neoliberal. In SECO MARTÍNEZ e SANCHEZ RUBIO (eds.). **Esferas de democracia**. Sevilla, Aconcagua, 2004, p. 41-43.

¹⁷² SANTOS, Boaventura de Sousa. **Produzir para viver**, p. 25.

CONCLUSÃO

Direitos humanos e utopia

Concluída a redação do texto da tese, no qual já se expõem as conclusões parciais, sempre provisórias e que não seria adequado repetir a título de súmula, opta-se por um encerramento (do texto) que tenha o sentido de abertura para a vida. Na janela adiante, o cotidiano de negação da vida no trabalho segue impávido. Embora o pensar seja condição necessária da ação, a realidade não se transforma como resultado da reflexão crítica. É a práxis cotidiana de luta que pode carregar as sementes de emancipação. Nessa luta, a práxis jurídica constitui um campo com um potencial relativo de efetividade. Nem tudo se joga aí. Nem por isso esses confrontos são irrelevantes.

Pra começar, o só fato do pensamento jurídico assumir e levar a sério, como seu ponto de partida, o princípio de que é a produção, reprodução e desenvolvimento da vida concreta das pessoas que determina materialmente o direito historicamente construído nas sociedades humanas e que delimita o seu horizonte enquanto ordem possível, já constituiria em um objetivo digno de ser perseguido com todas as forças.

Que haja vítimas é algo inevitável. Todo sistema norma, ação, instituição, microestrutura, por mais que o pretenda realizar o bem, é necessariamente produtor de vítimas. Isso implica estar permanentemente aberto à percepção crítica, ainda que se produza instabilidade. Mas daí não há que se recusar a lei jurídica. Sem lei não há compromisso com o Outro.

Como nos ensina Hinkelammert, os direitos humanos atuam tanto quanto elementos institucionais de uma ordem que deve se pretender boa, quanto como critérios de avaliação crítica dessas mesmas instituições, que fundamentam reivindicações frente a elas a partir do circuito inteiro da vida humana e da liberdade dos sujeitos. Ao serem reconhecidas, após processos de luta muitas vezes brutais, essas reivindicações se institucionalizam e, ao fazê-lo, voltam a produzir (necessariamente) novas vítimas. Isso é inevitável tanto pelo fato de sua imperfeição constitutiva (Popper) quanto pelo fato de que a vida humana tende sempre a ser mais (Freire). Por isso as instituições devem estar em constante refazimento e as construções dogmáticas também integram esse processo.

Direitos humanos são, assim, sempre, apostas utópicas na perspectiva de transformar as institucionalidades resgatando a sua razão de ser que é estar a serviço da vida. Qualquer ordem ou norma que, aplicada concretamente, fere a vida, é uma contradição performativa. E isso ocorre com muito maior intensidade quando as normas são consideradas de forma rigorista e autorreferente, a despeito dos contextos reais da vida. Assim, o campo dos direitos humanos constitui essa dualidade que aqui se denominou como diatópica: atuar como caminho institucionalizado, concreto, e como instância crítica dessa mesma institucionalidade. Um direito humano universal por excelência, que resumiria toda a reivindicação dos direitos humanos, seria, assim, o direito humano à crítica permanente das institucionalidades vigentes (Hinkelammert) à luz das exigências da vida humana (produção, reprodução e desenvolvimento, diz Dussel) veiculadas pelos direitos humanos.

A reivindicação do direito ao trabalho constitui uma das principais reivindicações dos direitos humanos em sua dupla dimensão. Talvez aquela que se encontra em maior situação de negação na sociedade contemporânea. O “modo de vida das pessoas comuns” que é o trabalho (Polanyi), foi desconectado das exigências da vida, em termos de suas relações com as necessidades e com as lutas por reconhecimento e frente ao desrespeito. O conceito de trabalho vivo, aqui resgatado, representa essa pretensão de tensionamento da institucionalidade vigente que reclama exigências da vida que se encontram negadas. É a riqueza do trabalho humano que reivindica reconhecimento frente às formas institucionais que o degradam. O direito ao trabalho permite denunciar que quem trabalha tem também um direito humano e fundamental (reconhecimento desrespeitado) ao próprio trabalho, mesmo no interior das relações assalariadas. E quem não tem um trabalho tem o direito a realizar-se como pessoa por meio dele. Reconstruir os fios que ligam esse direito aos inúmeros aspectos das relações jurídicas pertinentes ao trabalho, que hoje estão invisibilizadas, constitui a tarefa da práxis jurídica que pretenda fazer jus a sua razão de ser: servir à vida. Aí está o valor de uso dos produtos jurídicos. Há muito o que fazer a este respeito e aqui apenas se indicaram alguns caminhos possíveis. Desde logo fica a percepção de que é indispensável repensar constantemente a fundamentação dos direitos já reconhecidos.

Mas essa tarefa será tanto mais efetiva na medida em que o discurso jurídico romper com o enclausuramento que o isola das condições de possibilidade de efetivação dos direitos, abrindo-se ao diálogo com a economia, a

sociologia, a filosofia, com os valores, a cultura, a psicologia, a estética, a política, a ética.

No fundo, se revela, aí a grande aposta utópica que sustenta toda a práxis: a fé antropológica no humano (em cada um e em todos os seres humanos) e na sua capacidade de romper com as formas de degradação que ele próprio produz e, assim, dar sentido à vida, como expressão da liberdade.

7. Bibliografia

ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Trotta, 2002.

ADEODATO, João Maurício Leitão. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo, Saraiva, 2002

ALEMÃO, Ivan. *Desemprego e direito ao trabalho*. São Paulo, Esplanada/ADCOAS, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALONSO, Luís Enrique. *Trabajo y posmodernidad: el empleo débil*. Madrid, Fundamentos, 2000.

_____. *Trabajo e cidadania: estudos sobre la crisis de la sociedad salarial*. Madrid, Editorial Trotta, 1999.

ALVAREZ, Sonia. Los discursos minimistas sobre las necesidades básicas y los umbrales de ciudadanía como reproductores de la pobreza. In ALVAREZ LEGUIZAMÓN, Sonia (comp.). *Trabajo y producción de la pobreza en latinoamérica y El Caribe: estructuras, discursos y actores*. Buenos Aires, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2005. p. 238-273.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

AMORIM E SOUZA, Ronald. *Direito ao trabalho*. São Paulo, LTr, 1985.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Livraria Almedina, Coimbra, 1998.

ANTUNES, Ricardo. *O caracol e sua concha: ensaios sobre a nova morfologia do trabalho*. São Paulo, Boitempo, 2005.

_____. *Os sentidos do trabalho*. São Paulo, Boitempo, 2000.

AÑÓN ROIG, Maria José. *Necesidades y derechos: un ensayo de fundamentación*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10^a ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2004.

ARRIGHI, Giovanni. *O largo século XX*. São Paulo, UnESP, 1996.

_____. *A ilusão do desenvolvimento*. 3ª ed., Petrópolis, Vozes, 1997.

ASSIS, José Carlos de. *Trabalho como direito: fundamentos para uma política de promoção do pleno emprego no Brasil*. Rio de Janeiro, Contraponto, 2002.

AVELÃS NUNES, António José. *Neoliberalismo e direitos humanos*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

_____. *O keynesianismo e a contra-revolução monetarista*. Coimbra, Coimbra Editora, 1991.

AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8ª ed., São Paulo, Malheiros, 2008.

BARCELLONA, Pietro. *El individualismo propietario*. Madrid, Trotta, 1996.

_____. *O egoísmo maduro e a insensatez do capital*. São Paulo, Ícone, 1995

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

BATTISTINI, Osvaldo (comp.) *El trabajo frente al espejo: continuidades y rupturas en los procesos de construcción identitaria de los trabajadores*. Buenos Aires, Prometeo, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. *La sociedad individualizada*. Madrid, Cátedra, 2001.

_____. *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*. Barcelona, Editorial Gedisa, 2000.

BAYLOS GRAU, Antonio. El derecho al trabajo como derecho constitucional, in *Revista Anamatra Forense*, n. 2004, p. 15-53.

_____. Por una (re)politización de la figura del despido. In *Revista de Derecho Social*, n. 12 (out-dez 2000), Albacete, Bomarzo, p. 9-34.

_____. *Direito do trabalho: modelo para armar*. São Paulo, LTr, 1999.

_____. Derecho al trabajo, política de empleo y jubilación forzosa pactada en convenio, in *Relaciones Laborales*, La Ley, 11 (1985/2)

BAYLOS, Antonio e PÉREZ REY, Joaquín. *El despido o la violència del poder privado*. Madrid, Trotta, 2009.

BECK, Ulrich. *Un nuevo mundo feliz: la precariedad del trabajo en la era de la globalización* (trad. Bernardo M. Carrillo). Barcelona, Paidós Ibérica, 2000.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro, Azougue Editorial, 2004.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

BERNAND, Carmen. Las representaciones del trabajo en el mundo hispanoamericano: de la infamia a la honra. In PAIVA, Eduardo F. e ANASTASIA, Carla M. J. *O trabalho mestiço: maneiras de pensar e formas de viver. Séculos XVI a XIX*. São Paulo, Annablume-UFMG, 2002, p. 393-409.

BICALHO DE SOUSA, Nair Heloísa. Direito, lei e justiça: a construção da cidadania dos trabalhadores, *Revista Sociedade e Estado*, Rio de Janeiro, Relume-Dumará, vol XI, n. 2, (jul-dez 1996), p. 373-405.

BILBAO UBILLOS, Juan María. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 299-338.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. 18ª tiragem. Rio de Janeiro, Campus, 1992.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales* (trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez). Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993.

BOLTANSKI, Luc e CHIAPELLO, Ève. *El nuevo espíritu del capitalismo*. Madrid, Akal, 2002.

BOURDIEU, Pierre. *Poder, derecho y clases sociales*. 2ª ed., Bilbao, Desclée de Brouwer, 2001.

_____. *Méditations pascaliennes*. Paris, Éditions du Seuil, 1997.

_____. *Sociologia* (org. Renato Ortiz). São Paulo, Ática, 1983.

BRAUDEL, Fernand. *Civilización material, economía y capitalismo (siglos XV-XVIII), vol 3: El tiempo del mundo*. Madrid, Alianza Editorial, 1984.

CACCIAMALI, Maria Cristina. A desfiliação do estatuto do trabalho na década de 1990 e a inserção dos ocupados, in CHAHAD, José Paulo Zeetano e PICHETTI, Paulo (org.), *Mercado de trabalho no Brasil*. São Paulo, LTr, p. 247-284.

CALDAS, Andressa. *Regulação jurídica do conhecimento tradicional: a conquista dos saberes*. Curitiba, UFPR (dissertação de mestrado), 2001.

CALLINICOS, Alex. *Contra la tercera vía: una crítica anticapitalista*. Barcelona, Crítica, 2002.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais*. In CANOTILHO, J. J. G. Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra, Coimbra, 2004.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4^a ed., Coimbra, Almedina, 2000.

_____. Dizer a norma nas questões de trabalho, in *Revista Anamatra*, nº 20, 1994, p. 8-13.

CARBONELL, Miguel (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta, 2003.

CÁRCOVA, Carlos María. *Direito, política e magistratura*. São Paulo, LTr, 1996.

CARVALHO, Maria Cecília Maringoni. *O utilitarismo em foco: um encontro com seus proponentes e críticos*. Florianópolis, EdUFSC, 2007.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra, Coimbra Editora, 1993.

_____. *Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma reposição crítica: vol. I, A crise*. Coimbra, Almedina, 1967.

CASTEL, Robert. *La inseguridad social: ¿que es estar protegido ?* Buenos Aires, Manantial, 2004.

_____. *As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário* (trad. Iraci D. Poleti). Petrópolis, Vozes, 1998.

_____. Trabajo y utilidad para el mundo. *Revista internacional del trabajo*. Ginebra, OIT – Organização Internacional do Trabalho, vol. 115, nº 6 (1996), p. 671-678.

CASTILLO CÓRDOVA, Luís. *Algunas críticas al criterio del Tribunal Constitucional sobre la procedencia del amparo en defensa del derecho al trabajo*. In Ipso Jure Revista Virtual. Corte Superior de Justicia de Lambayeque, n. 3 (nov. 2008), p. 75/96.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte, Mandamentos, 2001.

CAUPERS, João. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a constituição*. Almedina, Coimbra, 1985.

CAVALCANTE, Ricardo Tenório. *Jurisdição, direitos sociais e proteção do trabalhador: a efetividade do direito material e processual do trabalho desde a teoria dos princípios*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008

CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende. *La denuncia de tratados internacionales de derechos humanos. Estudio de caso: la denuncia del Convenio OIT 158 por el gobierno brasileño*. In Revista da Amatra VI, Recife, ano 4 (2001), n. 13, p. 41-52.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória, in *Uma vida dedicada ao direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho, o editor dos juristas*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, p. 34-53.

COELHO, Luciano Augusto de Toledo. *Responsabilidade civil pré-contratual em direito do trabalho*. São Paulo, LTr, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo, Saraiva, 1999.

CONTRERAS PELÁEZ. Francisco J. *Derechos sociales: teoría e ideología*. Madrid, Tecnos, 1994.

CORREAS, Óscar. *Sociología del derecho y crítica jurídica*. México, D.F., Fontanamara, 1998.

CORTINA, Adela e CONILL, Jesús. Cambio em los valores del trabajo. In *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*. Madrid, n. 168-169 (2002), p. 3-15.

COURTIS, Christian (comp.) *Desde outra mirada: textos de teoria crítica del derecho*. Buenos Aires, Eudeba, 2001.

COUTINHO, Aldacy Rachid. A autonomia privada: em busca dos direitos fundamentais dos trabalhadores. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 165-183.

_____. 15 anos de Constituição de direitos dos trabalhadores. In SACAFF, Fernando F. (Org). *Constitucionalizando direitos: 15 anos de Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 361-386.

_____. *Poder punitivo trabalhista*. São Paulo, LTr, 1999.

_____. *Desafios para arquitetar trabalho como direito fundamental*. Texto inédito.

_____. *Somos todos socialistas, agora: registros de um devaneio*. Texto inédito.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes e FAVA, Marcos Mendes (coord.). *Nova competência da Justiça do trabalho*. São Paulo, LTr, 2005.

DELGADO, Maurício Godinho. *Direitos fundamentais na relação de trabalho*. In. SILVA et alii (coord). *Direitos humanos: essência do direito do trabalho*. São Paulo, LTr, 2007, p. 67-87.

_____. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*. São Paulo, LTr, 2006.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo, LTr, 2006.

DEJOURS, Christophe. *A banalização da injustiça social*. 3^a ed., Rio de Janeiro, Editora FGV, 2000.

_____. *A loucura do trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho*. 3^a ed., São Paulo, Cortez/Oboré, 1988.

_____. *Inteligência operária e organização do trabalho*. In HIRATA, Helena (org.) *Sobre o modelo japonês: automatização, novas formas de organização e de relações de trabalho*. São Paulo, Edusp, 1993, p. 281-309.

DIERCKXSENS, Win. *El ocaso del capitalismo y la utopia reencontrada: una perspectiva desde América Latina*. Bogotá, DEI/Ed. Desde Abajo, 2003.

_____. *Formaciones Precapitalistas*. México, Nuestro Tiempo, 1983.

DOSSE, François. *O império do sentido: a humanização das ciências humanas* (trad. Ilka Stern Cohen). Bauru, Edusc, 2003.

DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo, Unisinos, 2009.

DOYAL, Len e GOUGH, Ian. *Teoria de las necesidades humanas*. Madrid, Icaria, 1994.

DUARTE, Adriano Luiz. *Cidadania e exclusão: Brasil 1937-1945*. Florianópolis, Ed. UFSC, 1999.

DUARTE, Écio Oto Ramos e POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídicos: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo, Landy, 2006.

DUSSEL, Enrique. *Voluntad de poder, império y estados particulares*. Conferência apresentada no X Seminário Internacional do programa de diálogo Norte-Sul, Sevilla, 2 a 6 de março de 2004. Versão inédita.

_____. El trabajo vivo, fuente creadora del plusvalor: dialogando con Christopher Arthur. In *Herramienta: Revista de debate y crítica marxista*, n.27, Buenos Aires. Disponível em www.herramienta.com.ar.

_____. *Hacia una filosofía política crítica*. Bilbao, Desclee de Brouwer, 2001.

_____. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão* (trad. Ephraim Alves, Jaime Clasen e Lúcia Orth). Petrópolis, Vozes, 2000.

_____. *Filosofia da libertação: crítica à ideologia da exclusão* (trad. Georges I. Maissiat). São Paulo, Paulus, 1995.

_____. 1492 *El encubrimiento del otro: hacia el origen del "mito de la Modernidad"* (Conferencias de Frankfurt, 1992). La paz, Plural Editores, 1994.

_____. Del escéptico al cínico: del oponente de la 'Ética del Discurso' al de la 'Filosofía de la Liberación'. *Libertação-Liberación*, v. 3, n. 1. Campo Grande, CEFIL, 1993, p. 36-47.

_____. *El último Marx (1863-1882) y la liberación latinoamericana*. México (D.F.), Siglo XXI, 1990.

_____. *Hacia un Marx desconocido: un comentario de los manuscritos del 61-63*. México, D.F., Siglo XXI/Iztapalapa, 1988

_____. *La producción teórica de Marx: un comentario a los Grundrisse*. México (D.F.), Siglo XXI, 1985.

_____. *Filosofía de la producción*. Bogotá, Nueva América, 1984.

_____. *Método para uma filosofia da libertação*. São Paulo, Loyola, 1976.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito* (trad. Jefferson Luiz Camargo). São Paulo, Martins Fontes, 1999.

ELIAS, Norbert. *A sociedade dos indivíduos*. Rio de Janeiro, Zahar, 1994.

ELSTER, Jon. "Is there (or should there be) a right to work ?" In: GUTMANN, Amy (ed.) *Democracy and the welfare state*. Princeton (NJ), Princeton University Press, 1998, p. 6.

ERMIDA URIARTE, Oscar. *Caracteres, tendencias y perspectivas del derecho del trabajo en América Latina y en Europa*. In Revista de Derecho Social Latinoamérica. Buenos Aires, Bomarzo, n. 1, 2006, p. 7-28.

ESCHENAUER, Jörg. *Das Recht auf Arbeit in Ethich-politcher Perspective*. Frankfurt am Main, Peter Lang, 1983.

EDELMAN, Bernard. *La personne en danger*. Paris, Presses Universitaires de France, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo, Malheiros, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil* (trad. Perfecto Ibáñez e Adrea Greppi). 2ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2001.

_____. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, Editorial Trotta, 2001.

_____. *Derecho y razón: teoria del garantismo penal* (trad. Perfecto Ibáñez et alii). 3ª ed., Madrid: Editorial Trotta, 1998.

FONSECA, Maria Hemília. *O direito ao trabalho: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo, LTr, 2009.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica*. São Paulo, LTr, 2002.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *O trabalho da pessoa com deficiência. Lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa*. São Paulo, LTr, 2006.

FORNET-BETANCOURT, Raul, *Transformación intercultural de la filosofía*. Bilbao, Desclee de Brouwer, 2001.

FOUCAULT, Michel. *A hermenêutica do sujeito*. São Paulo, Martins Fontes, 2004.

_____. *Em defesa da sociedade*. São Paulo, Martins Fontes, 1999.

_____. *Genealogía del racismo: de la guerra de las razas al racismo de Estado*. Madrid, La Piqueta, 1992.

_____. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 5ª ed., Petrópolis, Vozes, 1987.

FRAGA, Paulo Denisar Vasconcelos. *A teoria das necessidades em Marx: da dialética do reconhecimento à analítica do ser social*. Campinas, Dissertação (Mestrado), Unicamp, IFCH, 2006.

FRASER, Nancy e HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition: a Political-Philosophical Exchange*. London, Verso, 2003.

FREINET, Célestin. *A educação do trabalho*. São Paulo, Martins Fontes, 1998.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 36ª ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2003.

_____. *Pedagogia da esperança: um reencontro com a pedagogia do oprimido*. 9ª ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2002

FREITAS JUNIOR, Antônio Rodrigues de. *Direito do trabalho na era do desemprego: instrumentos jurídicos em políticas públicas de fomento à ocupação*. São Paulo, LTr, 1999.

FREUD, Sigmund. *El malestar en la cultura*. Madrid, Alianza Editorial, 2002.

GALLARDO MARTÍNEZ, Helio. Derechos discriminados y olvidados, in SÁNCHEZ RUBIO, HERRERA FLORES e CARVALHO, *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2004, p.49-64.

_____. *Política y transformación social: discusión sobre derechos humanos*. Quito, Tierra Nueva, 2000.

GALTUNG, Johan. Human needs approach, in LEDERER K. (ed), *Human needs*. Oelgeschlager, Gunn and Hain, Massachusetts, Cambridge, 1980, p. 55-125.

GARCÍA HERRERA, Miguel Angel e MAESTRO BUELGA, Gonzalo. *Constitución y acoso moral*. Lan Harremanak, n. 7 (2002-II), p. 69-84.

GEDIEL, José Antonio Peres. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, p. 149-164.

_____. (org.). *Os caminhos do cooperativismo*. Curitiba, Editora UFPR, 2001.

GOMES, Ângela de Castro. *A invenção do trabalhismo*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Relume Dumará, 1994.

GOMES, Fábio Rodrigues. *O direito fundamental ao trabalho: perspectivas histórica, filosófica e dogmático-analítica*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2008.

GORZ, André. *Misérias do presente, riqueza do possível* (trad. Ana Montoia). São Paulo, Annablume, 2004.

GOSDAL, Thereza Cristina e SOBOLL, Lis Andréa Pereira (orgs.) *Assédio moral interpessoal e organizacional*. São Paulo, LTr, 2009.

GOUGH, Ian. *Capital global, necesidades básicas y políticas sociales*. Buenos Aires, CIEPP/Miño y Dávila, 2003.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica. 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 1998.

GRIMALDI, Nicolas. *El trabajo: comunión y excomunicación*. Navarra, Eunsa, 2000.

GRUPO KRISIS. *Manifesto contra o trabalho* (trad. Heinz Dietermann e Cláudio R. Duarte). São Paulo, Conrad, 2003.

GUANCHE MARRERO, Alberto. *El derecho del trabajador a la ocupación efectiva*. Madrid, Civitas, 1993.

GUEDES, Márcia Novaes. *Terror psicológico no trabalho*. 3ª ed., São Paulo, LTr, 2008.

GUERRERO, Diego. *Historia del pensamiento económico heterodoxo*. Madrid, Trotta, 1997.

GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law* (transl. John Farrel). New York, SUNY Press, 1993.

GUNTHER, Luís Eduardo. *Resoluções e declarações da OIT: natureza e efeitos*. Curitiba, UFPR (tese de doutoramento), 2003.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito*. Belo Horizonte, Del Rey, 1999.

GUTMANN, A. (ed.). *Multiculturalism : Examining the Politics of Recognition*. Princeton, Princeton University, 1994.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição* (trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Nos limites do Estado. In *Folha de São Paulo*, Caderno Mais!, 18.07.1999.

_____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, 2 vol.

HAYEK, Friedrich A. *Derecho legislación y libertad*. Madrid, Unión, 1994.

HELLER, Agnes. HELLER, Agnes. Uma crise global da civilização: os desafios futuros. In HELLER, Agnes et alii. *A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI*. Rio de Janeiro, Contraponto, 1999, p. 13-32.

_____. *Una revisión de la teoría de las necesidades*. Barcelona, Paidós/ICE-UAB, 1996.

_____. *Teoría de las necesidades em Marx*. Barcelona, Península, 1978.

HERRERA FLORES, Joaquín (ed.) *El vuelo de anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao, Desclée de Brouwer, 2001.

HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstrato*. Madrid, Cataratas, 2005.

_____. Los derechos humanos en el contexto de la globalización: tres precisiones conceptuales, in SÁNCHEZ RUBIO, HERRERA FLORES e CARVALHO, *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2004, p. 65-101.

_____. La fundamentación de los derechos humanos desde la escuela de Budapest, in THEOTONO, Vicente e PRIETO, Fernando (dir.), *Los derechos humanos: una reflexión interdisciplinar*. Córdoba, Etea, 1995, p. 23-56.

_____. *Los derechos humanos desde la escuela de Budapest*. Madrid, Tecnos, 1989.

_____. *La verdad de uma teoria crítica: seis decisiones iniciales y seis paradojas de los derechos humanos* Inédito.

_____. *Los derechos humanos: uma visão crítica*. Inédito.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha* (trad. Luís Afonso Heck). Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998

_____. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. 8ª ed., Coimbra, Arménio Amado, 1987.

HIERRO, Libório. *¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto*. Sistema, vol. 46, (jan-1982), p. 45-61.

HINKELAMMERT, Franz J. *El sujeto y la ley: el retorno del sujeto reprimido*. Heredia, EUNA, 2005.

_____. *El socavamiento de los derechos humanos en la globalización actual: la crisis de poder de las burocracias privadas*. In FORNET-BETANCOURT, Raúl e SENENT, Juan A. *Filosofía para la convivência: caminos de diálogos norte-sur*. Sevilla, MAD, 2004.

_____. *Crítica de la razón utópica*. Bilbao, Desclée de Brouwer, 2002.

_____. *El Processo atual de globalización y los derechos humanos*. In, HERRERA FLORES (ed.). *El vuelo de Anteo*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2000,

_____. *El Grito del Sujeto. Del Teatro-Mundo del Evangelio de Juan al Perro-Mundo de la Globalización*, DEI, San José, Costa Rica, 1998.

HINKELAMMERT. *As armas ideológicas da morte* (trad. Luiz João Gaio). São Paulo, Paulinas, 1983.

HINKELAMMERT, Franz J. e MORA, Henry M. *Hacia una economía para la vida*. San José, Costa Rica, DEI, 2005.

_____. *Coordinación social del trabajo, mercado y reproducción de la vida humana: preludio a una teoría crítica de la racionalidad reproductiva*. San José, Costa Rica, DEI, 2001.

HOBBSBAWN, Eric. *Mundos do Trabalho: novos estudos sobre história operária*. 3ª ed., Paz e Terra, 2000.

HOLMES, Stephen e SUSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York-London, WW Norton, 1999.

HONNETH, Axel. *Trabalho e reconhecimento: tentativa de uma redefinição*. In Civitas: Revista de Ciências Sociais, v. 8, n. 1, jan-abr. 2008, p. 46-67

_____. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais* (trad. Luiz Repa). São Paulo, Editora 34, 2003.

JEAMMAUD, Antoine. *Le droit capitaliste du travail*. Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1989.

JERUSALINSKY, Alfredo et alii. *O valor simbólico do trabalho e o sujeito contemporâneo*. Porto Alegre, Artes e Ofícios, 2000.

KELLY, G. M. Empleo y conceptos del trabajo en la nueva economía mundial. *Revista internacional del trabajo*. Ginebra, OIT – Organização Internacional do Trabalho, vol. 119, nº 1 (2000), p. 5-35.

KURZ, Robert. O desfecho do masoquismo histórico – o capitalismo começa a libertar o homem do trabalho. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 20.07.1997, Caderno Mais.

LAFARGUE, Paul. *Direito à preguiça*. 2ª ed., São Paulo, Hucitec/Unesp, 2000.

LAMOUNIER, Maria Lúcia. *Da escravidão ao trabalho livre: a lei de locação de serviços de 1879*. São Paulo, Papyrus, 1988.

LANCMAN, Selma e SZNELWAR, Laerte Idal (Orgs.). *Christophe Dejours: da psicopatologia à psicodinâmica do trabalho*. Rio de Janeiro, FIOCRUZ/Paralelo 15, 2004.

LAZZARATO, Maurizio e NEGRI, Antonio. *Trabalho imaterial: formas de vida e produção de subjetividade* (trad. Mônica Jesus). Rio de Janeiro, DP&A, 2001.

LEDUR, José Felipe. *A realização do direito ao trabalho*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

LESSA, Sérgio. *Mundo dos homens: trabalho e ser social*. São Paulo, Boitempo, 2002.

LÖWY, Michael. Walter Benjamin: *Aviso de incêndio. Uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”* (trad. Wanda N. C. Brant et alii). São Paulo, Boitempo, 2005.

LUDWIG, Celso Luís. *Filosofia e filosofia do direito*. In Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, IHJ, vol. 1, n. 5, p. 69-96.

_____. *Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo*. Florianópolis, Conceito, 2006.

MACHADO, Sidnei. *A subordinação jurídica na relação de trabalho*. Curitiba, UFPR (tese de doutoramento apresentada à UFPR), 2004.

MAESTRO BUELGA, Gonzalo. *La constitución del trabajo en el Estado social*. Granada, Comares, 2002.

MANDEL, Ernest. *A formação do pensamento econômico de Karl Marx: de 1843 até a redação de O Capital*. Rio de Janeiro, Zahar, 1968.

MARCUSE, Herbert. *El hombre unidimensional*. México, Joaquín Mortiz, 1968.

MARKUS, György. *Marxismo y “antropología”* (trad. Manuel Sacristán). Barcelona, Grijalbo, 1974.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Subsídios para pensar a possibilidade de articular direito e psicanálise. In VV.AA. *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*, EDIBEL, Curitiba, 1986, p. 17-38.

MARTÍN VALVERDE, Antonio. Pleno empleo, derecho al trabajo y deber de trabajar en la Constitución española. In VVAA, *Derecho del trabajo y de la seguridad social en la Constitución*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980, p. 185-204..

MARX, Karl. *Capítulo VI inédito de O Capital: resultado dos processos de produção imediata* (trad. Klaus Von Puchen). São Paulo, Centauro, 2004.

_____. *O capital: crítica da economia política* (trad. Reginaldo Sant’Anna), vol I. 20ª ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2002.

_____. *Elementos fundamentales para la crítica de la economía política*. México, D.F., Siglo XXI, t. 1-3, 1971-1976.

MARZAL, António (Ed.). *Dialéctica empleo-desempleo y derecho social*. Barcelona, José María Bosch Editor, 1999.

MAYER, J. El concepto de derecho al trabajo en las normas internacionales y en la legislación de los estados miembros de la OIT. *Revista internacional del trabajo*. Ginebra, OIT – Organização Internacional do Trabalho, vol. 104, (1985), p. 281-297.

MÉDA, Dominique. El valor trabajo visto em perspectiva. *Revista internacional del trabajo*. Ginebra, OIT – Organização Internacional do Trabalho, vol. 115, nº 6 (1996), p. 689-700.

MEDINA CASTILLO, José Enrique. *Crisis de la sociedad salarial y reparto del trabajo*. Granada, Comares, 1999.

MELHADO, Reginaldo. *Poder e sujeição: os fundamentos da relação de poder entre capital de trabalho e o conceito de subordinação*. São Paulo, LTr, 2003.

_____. *Metamorfoses do capital e do trabalho: relações de poder, reforma do judiciário e competência da Justiça Laboral*. São Paulo, LTr, 2006.

MELLO, Celso de Albuquerque. A proteção dos direitos humanos sociais nas Nações Unidas. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 215-232.

MELO, Sandro Nahmias. *O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência: ação afirmativa*. São Paulo, LTr, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo G. G. *Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva/IDP, 2008

MENDONÇA, Ricardo Fabrino. *Reconhecimento em debate: os modelos de Honneth e Fraser em sua relação com o legado habermasiano*. In Revista de Sociologia e Política, Curitiba, UFPR, nov. 2007, p. 169-185.

MENEZES, Mauro de Azevedo. *Constituição e reforma trabalhista no Brasil*. São Paulo, LTr, 2004.

MENGER, Anton. *El derecho al producto íntegro del trabajo. El estado democrático del trabajo*. Granada, Comares, 2004.

MERCURE, Daniel e SPURK, Jan (org.). *O trabalho na história do pensamento ocidental*. Petrópolis, Vozes, 2005.

MESZÁROS, István. *A crise estrutural do capital* (trad. Francisco Raul Cornejo). São Paulo, Boitempo, 2009.

_____. *Para além do capital: rumo a uma teoria da transição* (trad. Sérgio Lessa). São Paulo, Boitempo/Unicamp, 2002.

MILL, John Stuart. *Ensaio sobre a liberdade*. São Paulo, Escala, 2006.

MIRANDA, Jorge. Direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa, in *Revista de Direito Público* (nº 82), 1987, p. 5-27.

MIRÓN HERNÁNDEZ, Maria M. *El derecho a la formación profesional del trabajador*. Madrid, CES, 2000.

MONEREO PEREZ, José Luiz. *Fundamentos doctrinales del derecho social en España*. Madrid, Trotta, 1999.

_____. *Introducción al nuevo derecho del trabajo: una reflexión crítica sobre el derecho flexible del trabajo*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 336.

MONEREO PÉREZ, J. L., e MOLINA NAVARRETE, C. El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo. In MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. E MORENO, M.N. (dir.). *Comentario a la constitución socioeconómica de España*. Granada, Comares, 2002, p. 287-355.

MONTEIRO, António Pinto, NEUNER, Jörg e SARLET, Ingo W., *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra, Almedina, 2007

MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del trabajo*. 24ª ed., Madrid, Tecnos, 2003.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2006.

MORAIS DA ROSA, Alexandre e LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2009.

MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. Centelha, Coimbra, 1978, 3ª ed.

MORIN, Edgar. *A religação dos saberes: o desafio do século XXI*. 3ª ed., Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2002.

MOURA, Denise A. Soares de. *Saindo das sombras: homens livres no declínio do escravismo*. Campinas, Unicamp, 1998.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo ?* (trad. Peter Naumann). 2ª ed., São Paulo, Max Limonad, 2000.

_____. *Métodos de trabalho do direito constitucional* (trad. Peter Naumann). 2ª ed., São Paulo, Max Limonad, 2000.

_____. *Discours de la méthode juridique*. Presses Universitaires de France, Paris, 1996.

_____. Concepções modernas e a interpretação dos direitos humanos (trad. Peter Naumann), in *Teses da XV conferência nacional da OAB*. Conselho Federal da OAB, Brasília, 1994, p. 100-6.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do trabalho na Constituição de 1988*. São Paulo, Saraiva, 1989.

NEGRI, Antonio, et alii. *Diálogo sobre la globalización, la multitud y la experiencia Argentina*. Buenos Aires, Paidós, 2003.

NEGRI, Antonio e HARDT, Michael. *El trabajo de Dyonisos*. Madrid, Akal, 2001.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo, Acadêmica, 1994.

NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona, Gedisa, 1997.

_____. *Autonomía y necesidades básicas*. In Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante, 1990, n. 7, p. 21-34.

NOGUERA FERRER, José António. *La transformación del concepto de trabajo en la teoría social (la aportación de las tradiciones marxistas)*. Barcelona, Bellaterra, 1999.

OIT – ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Informe sobre el empleo en el mundo 2003*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2003.

_____. *Informe sobre el empleo en el mundo 2001* (versão prensa). Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2001.

OFFE, Claus. *Trabalho e sociedade: problemas estruturais e perspectivas para o futuro da sociedade do trabalho*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1989, 2v.

OLIVEIRA, Francisco de. *Crítica à razão dualista: o ornitorrinco*. São Paulo, Boitempo, 2003.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *(Re)Pensando o princípio da proteção na contemporaneidade*. São Paulo, LTr, 2009.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba, Juruá, 2008.

ORESTANO, Riccardo. *Introducción al estudio del derecho romano*. Madrid, Universidad Carlos II-BOE, 1997.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos, In, SEMPERE NAVARRO, A. V. (dir) e MARTÍN JIMÉNEZ (Coord.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*. Madrid, MTAS, 2003, p. 229-249.

PECZENIK, Aleksander. *Derecho y razón* (trad. Ernesto Garzón Valdez). México D.F., Fontamara, 2000.

PEDRAJAS MORENO, Abdón. *Despido y derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 1992.

PEDROL, Xabier e PISARELLO, Gerardo. *La ilusión constitucional*. Barcelona, Viejo Topo, 2004.

PELEGRINI, Mari Ângela. *Trabalhadores sem vínculo rurais e urbanos: do cais ao campo*. São Paulo, LTr, 2004.

PEREIRA, Potyara A. P. *Necessidades humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais*. São Paulo, Cortez, 5ª ed., 2008.

PÉRES LUÑO, António. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Madrid, Tecnos, 9ª ed., 2005.

PINTO, Celina Regina Jardim. *Nota sobre a controvérsia Fraser-Honneth informada pelo cenário brasileiro*, In Lua Nova: Revista de Cultura e Política. São Paulo, n. 74, 2008.

PIOVESAN, Flávia (org.) *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional*. São Paulo, Max Limonad, 2002.

PLANT, Raymond. *Needs, rights and welfare*. In , Political Philosophy and Social Welfare, Routledge and Kegan Paul, London, 1986.

POCHMANN, Marcio. Mudança de Paradigma. In Jornal Folha de São Paulo, 30.01.2009.

_____. *Relações de trabalho e padrões de organização sindical no Brasil*. São Paulo, LTr, 2003.

_____. *O emprego na globalização a nova divisão internacional do trabalho e os caminhos que o Brasil escolheu*. São Paulo, Boitempo, 2001.

_____. *O trabalho sob fogo cruzado*. São Paulo, Contexto, 2000.

POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens da nossa época*. 8ª ed., Rio de Janeiro, Campus, 2000.

_____. *El sustento del hombre*. (edição a cargo de Harry W. Pearson). Barcelona, Mondadori, 1994.

POTTS, Lydia. *The world labour market*. London, ZED Books, 1990.

PROSCURCIN, Pedro. *Do contrato de trabalho ao contrato de atividade*. São Paulo, LTr, 2003.

PROUDHON, Pierre-Joseph. *Le droit au travail et le droit de propriété*. Paris, Garnier Frères, 1850.

RACIONERO. L. *Del paro al ocio*. Barcelona, Anagrama, 1988.

RAMOS FILHO, Wilson. Direito ao trabalho e a exclusão social. In: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Anais da XVII Conferência nacional da OAB*. Brasília, Conselho Federal da OAB, 2000, p. 315-322.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Oxford, Oxford University Press, 8ª ed., 1988.

REVILLA ESTEVE, Eugenia. *La noción de trabajador en la economía globalizada*. Navarra, Aranzadi, 2003.

RIECHMANN, Jorge (coord.) *Necesitar, desear, vivir*. Madrid, Fuencarral, 1998.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel. La dimensión del derecho del trabajo. In VILLALÓN, Jesús Cruz (Coord.). *XX Jornadas Universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales*. Sevilla, Mergablum, 2002, p. 13-32.

ROJAS, Mauricio. *Mitos del milenio: el fin del trabajo y los nuevos profetas del Apocalipsis*. Buenos Aires, Cadal, 2004.

ROMAGNOLI, Umberto. *Redefinir las relaciones entre trabajo y ciudadanía: el pensamiento de Massimo D'Antona*. In *Revista de Derecho Social*, Madrid, n. 9 (2001).

_____. Del derecho del trabajo al derecho para el trabajo. *Revista de derecho social*, Albacete, Bomarzo, n. 2 (1998), p. 10-20.

ROSA, Maria Inês. *Trabalho, subjetividade e poder*. São Paulo, Letras e Letras/Edusp, 2002.

ROSANVALLON, Pierre. *A crise do estado-providência* (trad. Joel Pimentel de Ulhôa). Goiânia: Ed. UnB e Ed. UFG, 1997.

RÜDIGER, Dorothee Susanne. Transformações do direito do trabalho na pós-modernidade: o exemplo Brasil. In LINDGREN ALVES, J. A. et alii. *Direito e cidadania na pós-modernidade*. Piracicaba, Unimep, 2002, p. 161-215.

RUIZ CASTILLO, María del Mar. El trabajo no retribuido: una importante tendencia restrictiva del derecho del trabajo. In *Revista de Derecho Social*, n. 30 (abr-jun 2005), Albacete, Bomarzo, p. 11-34.

SAGARDOY BENGOCHEA. Juan Antonio. *Los trabajadores autónomos: hacia un nuevo derecho del trabajo*. Madrid, Ediciones Cinca, 2004.

SALAMANCA SERRANO, Antonio. *Fundamento de los derechos humanos*. Madrid, Antonio Salamanca Serrano, 2003.

SAMPAIO, José Adercio Leite (Coord.) *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte, Del Rey, 2003.

SÁNCHEZ RUBIO, David. Direitos humanos, ética da vida humana e trabalho vivo, In WOLKMER, Antonio Carlos (org). *Direitos humanos e filosofia jurídica na América Latina*. Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2004

_____. *Absolutización del formalismo, despotismo de la ley y legitimidad*, in DE LA TORRE RANGEL, Jesús A., *Derecho alternativo y crítica jurídica*, México, D. F., Porrúa, 2002

_____. *Filosofía, derecho y liberación en América Latina*. Editorial Desclee de Brouwier, Bilbao, 1999.

SÁNCHEZ RUBIO, David, HERRERA FLORES, Joaquín e CARVALHO Salo de, *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.

SÁNCHEZ RUBIO, David, SLÓRZANO ALFARO, Norman e LUCENA CID, Isabel (ed.). *Nuevos colonialismos del capital: propiedad intelectual, biodiversidad y derechos de los pueblos*. Barcelona, Icaria, 2005

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.) *Produzir para viver: os caminhos da produção não capitalista*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2002.

_____. *Trabalhar o mundo: os caminhos do novo internacionalismo operário*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. São Paulo, Boitempo, 2007.

_____. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo, Cortez, 2006.

_____. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo, Cortez, 2000.

_____. Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. In: OLIVEIRA, Francisco e PAOLI, Maria Célia (org.) *Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e hegemonia global*. Petrópolis, Vozes, 1999, p. 83-129.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2006.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004.

_____. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In SARLET, I. W. (Org.),

A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999, p. 107-163.

SARLET, Ingo W. e TIMM, Luciano Benetti (org), *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2004.

SASTRE IBARRECHE, Rafael. *El derecho al trabajo*. Madrid, Trotta, 1996

SECO MARTÍNEZ, José Maria. Nuestra democracia: de los mitos al contexto neoliberal. In SECO MARTÍNEZ e SANCHEZ RUBIO (eds.). *Esferas de democracia*. Sevilla, Aconcagua, 2004.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo, Cia. das Letras, 2000.

_____. Trabajo y derechos. *Revista internacional del trabajo*. Ginebra, OIT – Organização Internacional do Trabalho, vol. 119, n. 2 (2000), p. 129-139.

SENNENT DE FRUTOS, Juan António. Razones para la guerra en la sociedad global. In SECO MARTÍNEZ e SANCHEZ RUBIO (eds.). *Esferas de democracia*. Sevilla, Aconcagua, 2004.

_____. *Ellacuría y los derechos humanos*. Bilbao, Desclée de Brouwer, 1998

SENNETT, Richard. *A corrosão do caráter: consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo*. 8ª ed., Rio de Janeiro, Record, 2004.

SHAPIRO, Ian. *Os fundamentos morais da política*. São Paulo, Martins Fontes, 2006.

SIDEKUM, Antonio (org.). *Ética do discurso e filosofia da libertação: modelos complementares*. São Leopoldo, Unisinos, 1994.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 20ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo, Malheiros, 2005.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito Constitucional do Trabalho*. Malheiros, São Paulo, 1998.

SILVER, Bervely J. *Fuerzas de trabajo: los movimientos obreros y la globalización desde 1870*. Madrid, Akal, 2005.

SOLÓRZANO ALFARO. Norman José. *Crítica de la imaginación jurídica: una mirada desde la epistemología y la historia al derecho moderno y su ciencia*. San Luis Potosí, UASLP, 2007.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Em defesa do direito social*. Disponível na internet, em <http://www.correiocidadania.com.br/content/view/2862/9/>, acesso em 30.01.2009.

_____. Justiça do Trabalho: a Justiça do Trabalhador ?, in COUTINHO, Grijalbo e FAVA, Marcos. *Nova competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo, LTr, 2005, p. 183

SOUZA, Jessé. *A modernização seletiva: para uma reinterpretação do dilema brasileiro*. Brasília, Ed. UnB, 2000.

SOUZA, Rodrigo Trindade de. *Função social do contrato de emprego*. São Paulo, LTr, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

STICKEL, Anne. *La dimensión sujeto: reconocer al ser humano como ser humano*. Una meditación. Sevilla, Universidad Pablo de Olavide (tesina apresentada ao Doctorado en Derechos Humanos y Desarrollo), 2004.

SUPIOT, Alain. *Crítica del derecho del trabajo*. Madrid, MTAS, 1996.

_____. Introducción a las reflexiones sobre el trabajo. *Revista internacional del trabajo*. Ginebra, OIT – Organização Internacional do Trabalho, vol. 115, nº 6 (1996), p. 657-669.

SUPIOT, Alain et alii. *Trabajo y empleo: transformaciones del trabajo y futuro del derecho del trabajo: informe para la Comisión Europea*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

SÜSSEKIND, Arnaldo et alii. *Instituições de direito do trabalho*. 16ª ed., São Paulo, LTr, 1996

TABLADA, Carlos e DIERCKXSENS, Win. *Guerra global, resistencia mundial y alternativas*. 2ª ed., Panamá, Ruth Casa Editorial, 2004.

TANGHE, F. *Le droit au travail entre histoire et utopie*. Bruxelas, Facultés Universitaires Saint-Luis, 1989.

- TEIXEIRA, Sérgio Torres. *Proteção à relação de emprego*. São Paulo, LTr, 1998.
- TORRE RANGEL, Jesus A. de La. *Iusnaturalismo, personalismo y filosofía de la liberación: una visión integradora*. Sevilla, MAD, 2005.
- THOMPSON, Edward Palmer. *Costumes em comum* (trad. Rosaura Eichemberg). São Paulo, Companhia das Letras, 1998.
- TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais, in *Revista de Direito Administrativo*, n. 177, 1989, p. 20-49.
- URQUIJO ANGARITA, Martín Johani. *El enfoque de las capacidades de Amartya Sen: alcance y límites*. Valencia, Espanha, Tese de doutoramento apresentada ao Departamento de Filosofia do Direito, Moral e Política, Universidade de Valencia, 2007.
- VALDÉS DE LA VEJA, B. *La profesionalidad del trabajador en el contrato laboral*. Madrid, Trotta, 1997.
- VASILACHIS DE GIALDINO, Irene. Trabajo e identidad: reflexiones epistemológicas a partir de la investigación empírica, In *Sociología del Trabajo*, Madrid, Siglo XXI, n. 44 (enero/2002), p. 3-39.
- VATIN, François. *Epistemologia e sociologia do trabalho*. Lisboa, Instituto Piaget, 1999.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra, Almedina, 1987.
- VIRNO, Paolo. "Multidão e princípio de individuação." In *Revista Reichiana*, ano XI, n. 11, 2002, p. 76-88.
- VVAA. *El fundamento de los derechos humanos*. Madrid, Debate, 1989.
- WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida abusiva: o direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade*. São Paulo, LTr, 2004.
- _____. Flexibilização (mais, ainda ?), legislação do trabalho e a inversão ideológica dos direitos humanos. In MACHADO, Sidnei e GUNTHER, Luís Eduardo (org.). *Reforma trabalhista e sindical – O direito do trabalho em perspectivas. Estudos em homenagem a Edésio Franco Passos*. São Paulo, LTr, 2005, p. 57-91.
- WATERMAN, Peter. Emancipar o internacionalismo operário, in SANTOS, Boaventura S. *Trabalhar o mundo: os caminhos do novo internacionalismo operário*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2005, p. 435.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo* (trad. M. Irene de Q. F. Szmrecsányi e Tamás J. M. K. Szmrecsányi). São Paulo, Pioneira Thomson, 2001.

WEEKS, John. Salarios, empleo y derechos de los trabajadores en América Latina entre 1970 y 1998. *Revista internacional del trabajo*. Ginebra, OIT – Organização Internacional do Trabalho, vol. 118, nº 2 (1999), p. 169-188.

WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Direitos humanos e filosofia jurídica na América Latina*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003.

_____. Sobre a teoria das necessidades: a condição dos ‘novos’ direitos. In *Alter Ágora, Revista do Curso de Direito da UFSC*. Florianópolis, n. 01 (mai/94), p. 42-47.

ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid, 3ª ed., Trotta, 1999.